جامعة الأزهر
كلية الشريعة والقانون
فرع أسيوط

مجلة
علمية شرعية قانونية محكمة

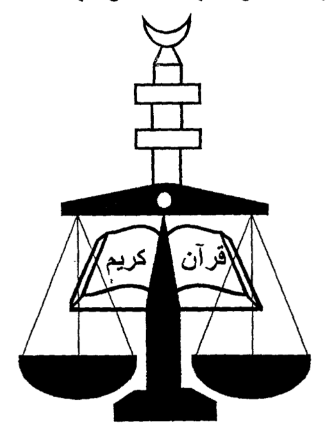


العدد الثانى عشر - الجزء الأول
١٤٢٠ هـ - ٢٠٠٠ م

جامعة الأزهر
كلية الشريعة والقانون
فرع أسيوط



مجلة
علمية شرعية قانونية محكمة



العدد الثانى عشر
الجزء الأول
١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م



قال تعالى: ﴿ إنما يخشى الله من عباده العلماء ﴾.

ﷺ

وقال رسول الله ﷺ: " من يرد الله بـــه خـــيراً

يفقهه فى الدين " متفق عليه.

أسرة التحرير

رئيس التحرير : أ.د./ عبد القادر محمد أبو العلا - عميد الكلية

نائب رئيس التحرير: أ.د./ حسين عبد المجيد حسين وكيل الكلية

لجنة التحرير:

١- أ.د/ محمد هاشم محمود عمر.

٢- د./ صلاح الشيخ إبراهيم.

٣- د./ صلاح أحمد عبد الرحيم.

٤- د./ سيد حسن عبد الله .

٥- سكرتير التحزير: السيد / محمد طارق على .

هيئة تحكيم المجلة: للمجلة هيئة تحكيم دائمة على النحو التالى :

أولاً: الفقه:

١- أ.د./ محمد عبد العزيز العزب عزام
٢- أ.د./ محمد أحمد الدهمى
٣- أ.د./ محمود على أحمد إبراهيم
٤- أ.د./ يوسف محمد قاسم
٥- أ.د./ نصر فريد محمد واصل
٦- أ.د./ يس شاذلى شاذلى

ثانيا: أصول الفقه:

١- أ.د./ محمد محمد عبداللطيف جمال الدين
٢- أ.د./ عبد الجليل سعد القرنشاوى
٣- أ.د./ عبد الفتاح حسينى الشيخ
٤- أ.د./ رمضان عبد الودود عبد التواب
٥- أ.د./ صبرى محمد عبد الله معارك
٦- أ.د./ عثمان محمد عثمان
٧- أ.د./ عيسى عليوة زهران

ثالثا: الفقه المقارن:

١- أ.د./ محمد رأفت عثمان درويش
٢- أ.د./ محمود عبد العكارى
٣- أ.د./ على أحمد على مرعى
٤- أ.د./ أحمد على طه ريان
٥- أ.د./ المرسى السماحى
٦- أ.د./ رشاد حسن خلى

رابعاً: القانون الخاص:

١- أ.د./ جمال طه العاقل
٢- أ.د./ عبد الرازق حسن فرج
٣- أ.د./ ثروت على عبد الرحيم
٤- أ.د./ نزيه صادق المهدى
٤- أ.د./ عبد الحكيم السيد أحمد شرف

خامساً القانون العام:

١- أ.د./ جعفر عبد السلام على ٢-أ.د./ سامح السيد أحمد إبراهيم

٣- أ.د./ إسماعيل إبراهيم حسين البدوى ٤- أ.د./ فؤاد محمد النادى

٥- أ.د./ محمود نجيب حسنى



افتتاحية العدد

" الحمد لله العلى الأكرم، الذى" علم بالقلم، علم الإنسان ما لم يعلم" وصلى الله على من أوتى جوامع الكلم، سيدنا محمد شمس العلوم ، ومنبع الحكم، وعلى آله وصحبه وسلم"

أما بعد ــ أيها القارئ الكريم ــ فبين يديك العدد الثانى عشر مــن مجلة كلية الشريعة والقانون بأسيوط، وهو يتضمن طائفة مـــن البحــوث المقارنة فى الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية جادت بـــها قرائـــح بعض أعضاء هيئة التدريس بالكلية وغيرهم، وهى بحوث محكمة تحكيما علميا دقيقاً، سعياً منا وراء الجودة والاتقان.

والله ﷻ نسأل أن تكونَ هذه البحوث إثـــراء للمكتبـــة الشــرعية والقانونية ، كما نسأله ــ تعالى ــ التوفيق إلى ما يحبه ويرضــــاه، إنـــه سميع الدعاء .

عميد الكلية ورئيس التحرير

أ.د./ عبد القادر محمد أبو العلا

محتويات الجزء الأول

أحكام الحضانة
فى الفقه الإسلامى
دراسة مقارنة

إعـــداد

الدكتور / أحمد عبد الحى

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

الحمد لله رب العالمين، أحمده وأشكره على آلائه راجيا الزيادة.

وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له عالم الغيب والشهادة.

وأشهد أن سيدنا ونبينا محمدا عبده ورسوله المرسل رحمة للعالمين وعلى آله وصحبه نجوم الهدى ومصابيح الرشاد صلاة وسلاما أرجو بهما فى الدارين قربه وامداده.

" وبعد "

فهذا بحث أجمع فيه مسائل الحضانة وما يتعلق بها من أحكام فى الفقه الإسلامى والذى دعانى إليه هو ما يحدث من نزاع واختلاف فى حضانة الولد عند افتراق الزوجين بسبب عدم معرفة الغالبية العظمى من الناس بهده الأحكام، وعدم تيسر معرفتها راجع إلى عدم التفقه فى الدين، وحتى من يرغب فى معرفة ذلك لا يستطيع لعدم قدرته على سبر أغوار الأمهات من كتب الفقه لعدم إلمامه بأساليبها أو لعدم توافرها.

لذا فقد استخرت الله سبحانه، واستعنت به فى أن أكتب هذا البحث - المتواضع - أجمع فيه كل ما يتعلق بالحضانة من أحكام عند افتراق الأبوين والصبى صغير أو زمن أو مجنون حتى يبلغ عاقلاً فترتفع عنه الحضانة ويستقل بأموره ـ راجيا أن يوفقنى الله فى ذلك فهو حسبى ونعم الوكيل.

وقد قسمت هذا البحث إلى تمهيد وثلاثة فصول وخاتمة.

أما التمهيد فذكرت فيه تعريف الحضانة وحكمها، ومتى تتعين، ومن تثبت عليه ومن لا تثبت.

وأما الفصل الأول فقد تحدثت فيه عن شروط استحقاق الحضانة وقسمته إلى خمسة مباحث:-

المبحث الأول : القدرة على الحضانة.

المبحث الثانى : أمانة الحاضن.

المبحث الثالث : إسلام الحاضن.

المبحث الرابع: عدم زواج الأنثى المستحقة للحضانة.

المبحث الخامس: السفر وأثره فى سقوط حضانة الأنثى.

وأما الفصل الثانى: فقد تحدثت فيه عن مراتب المستحقين للحضانة وقسمته إلى ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: انفراد النساء بالحضانة.

المبحث الثانى: انفراد الرجال بالحضانة.

المبحث الثالث: اجتماع الرجال والنساء.

وأما الفصل الثالث: فقد تحدثت فيه عن نفقة المحضون وأجر الحضانة وقسمته إلى ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: نفقة المحضون.

المبحث الثانى: رضاع المحضون.

المبحث الثالث: أجرة الحضانة والمسكن.

وأما الخاتمة ـــ نسأل الله حسنها ـــ فقد ذكرت فيها أهـــم النتـــائج التى خرجت بها من البحث، وأخيرا ذكرت أهم مصادر البحث ثم فـهرس عام للموضوعات.

وبعد :

فقد بذلت فى هذا البحث قصارى جهدى فإن أكن قد وفقت فمن الله وله الحمد وإن كانت الأخرى فحسبى أننى بشر قد أجتهد فأخطأ فيكـــون لى أجر المحاولة، والله أسأله أن ينفع بما فى هذا البحث كل مـــن يقـــرأه وأن يغفر لى ما فيه من هفوات.

(ربنا عليك توكلنا وإليك أنبنا وإليك المصير)

دكتور/

أحمد عبد الحى محمد

تمهيد

أولاً: تعريف الحضانة:

١- تعريفها فى اللغة:

للحضانة فى اللغة معنيين:

الأول:

جعل الشئ فى ناحية، يقال حضن الرجل الشئ أى اعتزله وجعله فى ناحية منه، وحضن فلاناً عن حاجته حبسه ومنعه[(١)].

الثانى:

الضم إلى الجنب يقال حضنته إذا ضممته إلى جنبك، وهى مأخوذة من الحضن (بالكسر) وهو ما دون الإبط إلى الكشح، وقيل الصدر والعضدان والجمع أحضان، والاحتضان هو احتمالك للشئ وجعله فى حضنك كما تحتضن المرأة ولدها فتحمله فى أحد شقيها.

ومن ذلك حضن الطائر بيضه وعلى بيضه إذا وجن عليه وضمه إلى نفسه تحت جناحه للتفريخ، وحضن الصبى يحضنه حضناً إذا رباه.

والحاضن والحاضنة الموكلان بالصبى يحفظانه ويربيانه.

كما يسمى المكان الذى يحضن فيه الولد محضن، والحضانة بالفتح فعلها[(٢)].

---

(١) القاموس المحيط ٢١١/٤، بدائع الصنائع ٤٠/٤.

(٢) المصدرين السابقين، المعجم الوسيط ١٨٨/١، النظم المستعذب فى شرح غريب المهذب ٦٩/٢، البحر الرائق ١٧٩/٤، ١٨٠، مواهب الجليل ٢١٤/٤، المبدع فى شرح المقنع ٢٣٠/٨، شرح الكنز ١٨٤/١.

تعريفها فى الاصطلاح:

وردت الحضانة[1] عند الفقهاء بألفاظ مختلفة نذكر منها:

للحنفية[2]: أنها ضم الأم ولدها إلى جنبها وإعتزالها إياه من أبيه ليكون عندها فتقوم بحفظه وإمساكه وغسل ثيابه.

وللمالكية[3]: هى حفظ الولد والقيام بمصالحه فى مبيته وذهابه ومجيئه وطعامه ولباسه ومضجعه وتنظيف جسمه.

وللشافعية [4]: هى تربية الطفل ومراعاة مصالحه فى وقت يعجز ولا يميز بين ضرها ونفعها وذلك فيما دون سبع سنين.

وللحنابلة[5]: هى حفظ صغير ومعتوه ومجنون عما يضرهم وتربيتهم بعمل مصالحهم من غسل بدنهم ودهنهم وربط طفل بمهد وتحريكه لينام ونحوه.

وللزيدية[6]: هى حفظ المولود وتربيته.

بعد أن ذكرنا تعاريف الفقهاء للحضانة فإننا نلاحظ الآتى:

---

(١) جمهور الفقهاء لا يفرقون بين الحضانة والكفالة إذ هما بمعنى واحد خلافاً للشافعية حيث يجعلون الحضانة هى الحفظ والاصلاح فيما قبل بلوغ الصبى سبع أو ثمان سنين والكفالة هى حفظه فيما بعد ذلك.

(٢) البدائع ٤/٤٠.

(٣) مواهب الجليل ٤/٢١٤.

(٤) الحاوى الكبير ١١/٤٩٨.

(٥) شرح منتهى الارادات ٣/٢٦٣.

(٦) البحر الزخار ٤/٢٨٤.

أ- جميع هذه التعاريف اتفقت مع التعريف اللغوى فى معناه الثانى فى جعل الحضانة هى الضم إلى الجنب وإن زادت عليه بعض القيود.

ب - أن تعريف الحنفية يوهم أن الحق فى الحضانة مقصور على الأم وهو غير مراد إذ الحضانة كما تكون للأم تكون لغيرها عند عدمها أو سقوط حقها.

كما أنه التعريف الوحيد من التعاريف الفقهية الذى يتوافق مع المعنيين اللغويين للحضانة ثم إنه التعريف الوحيد الذى يجعل للحاضنة الاعتزال بالطفل بعيداً عن أبيه أما غيره فلم يشر إلى ذلك.

جـ- أما تعريف الشافعية فيؤخذ عليه أنه قصر الحضانة على ما دون السبع، أما الرعاية والحفظ بعد السبع فيسمونه كفالة مع أن كلا منهما رعاية وحفظاً أياً كان المسمى.

لذلك فإننى أرى أن الأولى فى تعريف الحضانة أن نقول هى حفظ الولد ورعايته والقيام بما يصلحه فى كل أموره.

ثانيا: حكم الحضانة:

أجمع أهل العلم(١) على أن حضانة الأطفال الصغار فرض كفاية إذا قام به البعض سقط عن الباقين(٢) وإنما كانت الحضانة بالنسبة لهم فرضاً لأنهم خلق ضعيف يفتقرون إلى من يكفلهم ويربيهم حتى يقوموا

---

(١) نقل هذا الإجماع عن ابن رشد يراجع مواهب الجليل ٢١٤/٤.

(٢) رد المحتار ٦٧٠/٢ ، مواهب الجليل والتاج ٢١٤/٤.

بأنفسهم، ولأن فى تركهم بدون كافل مظنة الهلاك، فكان حفظهم عن الهلاك واجباً، كما كان الإنفاق عليهم واجباً[١].

ثالثاً: تعيين الحضانة:

إذا تعدد المستحقين للحضانة فإنها لا تتعين على أحد بل تكون واجباً كفائياً إذا قام به البعض سقط عن الباقين[٢].

أما إذا انفرد المستحق للحضانة فمما لا خلاف عليه أنها تتعين عليه كان قريباً للمحضون أو أجنبياً عنه.

وأول من تتعين عليه هو الأب حيث اتفق الفقهاء على أنه يجبر على نفقة الولد ويجب عليه إمساكه وحفظه وصيانته إذا استغنى عن النساء لأن ذلك حق للصغير عليه فإذا امتنع عنه أجبر عليه.

كما تتعين الحضانة على الأم، إلا أن ذلك مشروط بأن لا يكون للصغير أب أو ذى رحم محرم وأن يكون ذلك فى حولى رضاعه ولا مال له، أو يكون له مال لكنه لا يقبل ثدى غيرها، فإذا توافرت هذه الشروط تعينت الحضانة عليها فإن امتنعت فإنها تجبر عليها حتى لا

---

(١) لا فرق فى وجوب الحضانة بين حال قيام النكاح وبعد انتهائه إذ تربية الولد ورعايته تسمى حضانة فى كلا الحالين غير أن الغالب أن لا يحدث الخلاف بين الزوجين على تربية الولد إلا بعد الافتراق فاحتيج إلى معرفة أحكامه فعند إطلاق لفظ الحضانة فإنه ينصرف إلى تربية الولد ورعايته بعد افتراق الزوجين ، حاشية رد المحتار ٢/٦٣٣.

(٢) فإذا وجد جماعة طفلاً منبوذاً فإنه يجب عليهم التقاطه وحضنه ويكفى أن يقوم بذلك واحد كسائر فروض الكفاية ــ الفواكه الدوانى ٢/١٠٢.

يضيع الولد[1] أما إذا تخلف شرط من هذه الشروط فقد اختلف فى جبرها على قولين:

الأول:

لا تجبر عليها[2] وذلك لأمرين **أحدهما:** أن الحضانة حق لها والإنسان لا يجبر على استيفاء حقه، **وثانيهما:** أنها قد تعجز عنها فتكون فى جبرها عليها تكليف لها بما لا تطيق وهو مدفوع.

الثانى:

تجبر عليها لان حق الولد أن يكون عند أمه ما كان إليها محتاجا.

الترجيح:

بعد أن ذكرنا القولين نجد أن هذا الخلاف لا يترتب عليه كبير أثر إذ من قال لا تجبر لأن الحضانة حقها قوله محمول على ما إذا لم تتعين، واقتصر على جعل الحضانة حقها لأن المحضون لم يضيع حقه لوجود من يحضنه غيرها.

ومن قال تجبر لأن الحضانة حق المحضون فهو محمول على ما إذا تعينت، واقتصر على أنها حق للمحضون لعدم وجود من يحضنه

(١) نقل هذا القول عن بعض الحنفية وعليه الفتوى ــ كما قال به الشافعية والحنابلة والزيدية ــ البحر الرائق ١٨٠/٤ ، قليوبى وعميرة ٩١/٤، المغنى ٢٢٤/٧، السيل الجرار ٤٤٠/٢، فتح القدير ٣٦٨/٤.

(٢) هو اختيار السمرقندى والهندوانى من الحنفية ــ منحة الخالق مع البحر ١٨٠/٤ ، فتح القدير ٣٦٨/٤.

غيرها، وبناء عليه فإن الأم لا تجبر على الحضانة إلا إذا تعينت لتضـرر الصبي بتركها.

رابعاً: من تثبت عليه الحضانة ووقت ثبوتها:

إذا افترق الزوجان وبينهما ولد فإن كان صغيراً أو مجنوناً أو معتوهاً ثبتت حضانته لمن هم مشفقون عليه، أما البالغ العاقل الرشيد فلا حضانة عليه لأحد لاكتفائه بنفسه واستغنائه عن أحد يكفله وهو مأمون فلم يكن لأحد عليه سبيل.

أما الصغير والمجنون فإنما ثبتت الحضانة عليهم لعجزهم عن النظر لأنفسهم والقيام بحوائجهم فكانوا في حاجة إلى من ينظر إليهم ويقوم بمصالحهم حتى لا يهلكوا أو يضيعوا.

وإذا ثبتت الحضانة عليهم فإنها تستمر إلى أن يبلغ الصغير ويعقل المجنون(١).

وإنما توقت هذا الحق بالبلوغ لأن الولاية على الصغار تزول بالبلوغ كولاية المال، ولأنه يكتفي بنفسه عند كمال التمييز والقوة فتزول عنه الكفالة.

هل يخلى سبيل المحضون بمجرد البلوغ؟

يفرق بين الذكر والأنثى.

---

(١) البدائع ٤٣/٤، التاج والإكليل ٢١٤/٤، الحاوي ٥٠٠/١١، ٥٠٩ المغنى ٦١٤/٧، المحلى ٣٣١/١٠.

فإذا كان المحضون ذكرا فإن بلغ عاقلاً واجتمع رأيه واستغنى عن الأب وهو مأمون عليه فإنه يخلى سبيله فيذهب حيث شاء ويكون له الخيار فى الاستقلال بنفسه أو المقام عند من شاء من أبويه.

لكن يستحب له عدم مفارقتهما حتى لا يقطع بره بهما.

أما إن بلغ وكان غير مأمون عليه، فإن للأب ولغيره من العصبات أن يضمه إلى نفسه ولا يخلى سبيله[1]، كي لا يكتسب شيئا يضره، ولأن للأب ولاية ماله عند بلوغه مبذراً فكان له أن يضمه إلى نفسه إما لدفع الفتنة أو لدفع العار عن نفسه لأنه يعير بفساد ولده، ولأن الله يقول ﴿ **وتعاونوا على البر والتقوى** ﴾[2] ولأن ذلك من الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر، والمنع من فعل المنكر واجب على كل من قدر عليه لا سيما من يلحقه عاره.

ويرى الشافعية فى المذهب[3] أن له أن يسكن حيث شاء حيث لا ريبة وولاية ماله للأب ما لم يكن أمرداً.

أما إن كان المحضون أنثى فقد اختلف العلماء فى جواز استقلالها بنفسها بالبلوغ كالذكر وعدم استقلالها وحاصل خلافهم يتمثل فيما يأتى:

---

(١) البحر الرائق ١٨٦/٦، المبسوط ٢١٢/٥، رد المحتار ٦٤١/٢.

(٢) بعض آية ٢ من سورة المائدة.

(٣) الاقناع وتقريرات للشيخ عوض عليه ١٩٧/٢.

١-يرى الشافعية:

أن الأولى أن تكون عند أحد أبويها حتى تتزوج لأنه أبعد عن التهمة ولها أن تسكن حيث شاءت مع الكراهة[١] وذهب ابن حزم إلى جواز استقلالها بغير كراهة[٢].

يقول ابن حزم ولا معنى للفرق بين الذكر والأنثى فى ذلك ولا لمراعاة زواج الابنة لأنه شرع لم يأذن به الله وقد تزوج وهى فى المهد وقد لا تتزوج وهى بنت تسعين سنة ورب بكر أصلح وأنظر من ذوات الأزواج، وبضرورة الحس يدرى كل أحد أن الزواج لم يزدها عقلاً لم يكن ولا صلاحاً لم يكن.

ويمثل ما ذهب إليه الشافعية قال الحنفية[٣] فى الثيب إذا لم تكن ريبة لأن ولاية الأب قد زالت بالبلوغ، ولما روى عن النبي ﷺ أنه قال: " ليس للولى مع الثيب أمر"[٤].

أي فى التفرد بالسكنى، ولان ثبوت الولاية عليها كان لخوف الفتنة بسبب الانخداع وفرط الشبق وقد زال ذلك حين دخلت فى السن واجتمع لها رأى وعقل.

---

(١) هذا فى البكر فقط أما الثيب فلا كراهة فى انفرادها إذا لم تكن ريبة، روى عن الشافعى قال أكره للجارية ـ ويراد بها البكر، أن تعتزل أبويها حتى تتزوج لئلا يسبق إليها ظنه أو تتوجه إليها تهمة ، الحاوى الكبير ٥٠٠/١١، ٥٠١ المجموع ٢٢١/٢، الاقناع ١٩٧/٢.

(٢) المحلى ٣٣١/١٠.

(٣) بدائع الصنائع ٤٣/٤، المبسوط ٢١٢/٥.

(٤) الحديث: أخرجه أبو داود فى السنن ٢٣٩/٢، السنن الكبرى للبيهقى ١١٨/٧.

وذهب المالكية[1] والحنابلة[2].

إلى أن الأنثى لاتنفرد ولا يخلى سبيلها أحبت أم كرهت حتى تتزوج ويدخل بها زوجها ولأبيها منعها وإن كانت مأمونة على نفسها إذ هى مطمع لكل طامع ولم تختبر الرجال ولا يؤمن أن يدخل عليها من يفسدها ويلحق العار بها وبأهلها.

وإن لم يكن لها أب كان لوليها منعها من ذلك وضمها إلى نفسه.

وذهب الحنفية إلى أن الأنثى البكر إذا كانت غير مأمونة على نفسها وكذلك الثيب إذا كانت حديثة السن لا تستقل بنفسها وتظل فى ولاية الأب أو الجد[3] إذ فى تركها بغير ولاية تعريض لها للفتنة وفى ذلك من الضرر ما فيه.

الترجيح :

بعد أن ذكرنا أقوال الفقهاء فى استقلال الذكر والأنثى بنفسه بعد البلوغ أو عدم استقلاله فإنى أرى أن للذكر إن كان مأمونا عليه لبلوغه عاقلاً رشيداً الاستقلال بنفسه فيسكن حيث شاء لكن يستحب له أن لا يقطع بره عن أبويه جميعاً سواء سكن مع أحدهما أو استقل عنهما، أما إن بلغ غير رشيد أو كان غير مأمون عليه لكونه أمرداً فإنه لا يستقل

---

(١) التاج والإكليل ٢١٤/٤، حاشية الدسوقى ٥٢٦/٢.

(٢) المغنى ٦١٤/٧.

(٣) أما غيرها من العصبات فلا يمكن من ضمها إلا إذا كان مأمونا عليها فإن لم يكن كان للقاضى أن يضمها إلى امرأة أمينة عليها قادرة على حفظها أو يخليها تنفرد بالسكنى عند الأمن عليها. منحة الخالق والبحر الرائق ١٨٦/٤، المبسوط ٢١٢/٥.

بنفسه بل يجبر على المقام مع أحدهما أو مع أحد العصبة المأمونين وذلك لمنع الفتنة ودفع الضرر عنه وعن من يلحقه عاره.

أما الأنثى فإن بلغت رشيدة ثيباً كانت أم بكراً فإن الأولى أن تكون عند أحدهما لأنه أبعد للتهمة ويتأكد ذلك إن كان ثم ريبة فى استقلالها حيث تجبر على المقام مع أحدهما أو مع وليها من العصبة إن كان محرماً لها، ويصدق الولى بيمينه فى دعوى الريبة ولا يكلف البينة لأن اسكانها فى موضع البراءة أهون من الفضيحة.

فإن لم يكن أحد من أوليائها كان للحاكم أن يمنعها من الاستقلال ويسكنها حيث يشرف على أمرها أو يضعها عند امرأة مأمونة.

الفصل الأول

شروط استحقاق الحضانة[1].

يشترط فى مستحق الحضانة جملة من الشروط، إذا توافرت كان على حقه فى حضانة الطفل وإذا عدمت أو منع منها مانع سقط حقه فيها، وهذه الشروط منها ما هو محل اتفاق ومنها ما هو محل اختلاف ونتعرض لدراسة هذه الموانع فى جملة من المباحث.

المبحث الأول: أن يكون قادرا عليها.

المبحث الثانى: أن يكون أمينا.

المبحث الثالث: إسلام الحاضن.

المبحث الرابع: عدم زواج الأنثى المستحقة للحضانة.

المبحث الخامس: عدم السفر للمحضون.

---

(١) إن قام بأحد المستحقين للحضانة ما يمنعه عنها، كالجنون والصبى أو العاهة، أو العجز أو الكفر أو زواج المرأة بغير ذى محرم من المحضون أو سفر الحاضن ونحو ذلك من كل ما يمنع من الحضانة فعند زواله يعود إلى حقه فيها، فلو عقل المجنون وبلغ الصبى وأسلم الكافر وعاد المسافر وطلقت المرأة فإنه يعود حقهم فيها. البدائع ٤٢/٤، مواهب الجليل ٢١٧/٤، المهذب ١٦٩/٢، الكافى ٣٨٤/٣، السيل الجرار ٤٣٩/٢.

المبحث الأول

القدرة على الحضانة

إذا فقد المستحق للحضانة الأهلية أو كان غير قادر عليها فإنه يسقط حقه فيها، وفقدان الأهلية يتمثل فى عدة أمور نبحثها فى المطالب الآتية:

المطلب الأول

الجنون والصغر

يشترط فى مستحق الحضانة أن يكون عاقلاً [1] فإن كان مجنوناً مطبقاً أو كان بحيث يجن أحيانا ويفيق فى أحيان أخرى أو كان صبيا ولو مميزاً فلا حق له فى الحضانة " وكذا كل من بعقله نقص يمنعه من القيام بحق المحضون فلا حق له فى الحضانة لعدم أهليته، ويستوى فى ذلك الذكر والأنثى[2].

وذلك لأن الحضانة ولاية ومن به جنون ليس من أهلها، وكذلك الصبى ليس من أهلها ثم إن الصبى والمجنون فى حاجة إلى من يكفلهما فلم يجز أن يكون واحداً منهما كافلا.

---

(١) كما يشترط هذا الشرط فى الابتداء فإنه يشترط للدوام والاستمرار فإن جن حال قيامه بالحضانة سقط حقه فيها.

(٢) رد المحتار ٦٣٣/٢، منحة الخالق ١٧٩/٤، التاج والاكليل ٢١٦/٤ ، الشرح الكبير مع الدسوقى ٥٢٨/٢، حاشية قليوبى وشرح المحلى ٤/ ٩٠ ، المغنى ٦١٢/٧، السيل الجرار ٤٣٩/٢، سبل السلام ٢٢٩/٣، تكملة المجموع ٢٢٢/٢٠.

ثم إنه يخشى على الصبى من جنونه فكان فى ثبوت الحضانة لـــه ضرراً بالصبى وهو ممنوع لمخالفته لشرعية الحضانة حيـــث شـــرعت لمصلحة الصبى لا لضرره.

المطلب الثانى

العاهة المضرة

إذا كان مستحق الحضانة به عاهة يخشى منها علـــى المحضـــون كفاحش الجزام والبرص وشبههما من كـــل مـــرض يخشـــى أن يلحـــق المحضون بسببه الضرر سقط حقه فى حضانة الصبى[1].

إذ هى ما ثبتت إلا لمصلحة الصبى، فإذا قلنا بأحقيته فى حضانـــة الطفل مع تحقق الضرر لكان ثبوتها مخالفاً لشرعيتها وهو ممتنع.

(١) التاج والإكليل ٢١٦/٤، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقى ٥٢٨/٢، الاقناع فى حل ألفاظ أبى شجاع ١٩٦/٢.

المطلب الثالث

العجز عن القيام بحق المحضون

يشترط فيمن له الحق فى الحضانة أن يكون قادراً على القيام بشأن المحضون من كل ما يصلحه ويعود عليه بالنفع ، فإن كان عاجزاً عن ذلك سقط حقه فيها[1] وأوجه العجز كثيرة نذكر منها:

أ- المرض:

فإذا كان من له الحق فى الحضانة مريضاً مرضاً يشغله عن أحوال المحضون كالفالج والسل وشبههما سقط حقه فى الحضانة لقصوره عن مراعاة المحضون وتربيته، هذا إذا كان يقوم بمصالحه بنفسه، فإن كان له من يقوم بمصالحه، ويمكنه مراعاة الصبى فلا يسقط حقه فيها لعدم تضرر الصبى بذلك.

هذا عن المرض الدائم، أما المرض الطارئ الذى يرجى زواله فلا يعد مانعاً له عن حق الحضانة لأن ذلك لا يعد عجزاً مستمراً.

ب- الهرم:

إذا كان من له حق الحضانة شيخاً فانياً أو أنثى تقدمت بها السن وليس لهما من يقوم بمصالحهما فلا حق لهما فى حضانة الطفل لعجزهما إذ من بلغ هذا المبلغ لا يستطيع القيام بأمور نفسه فكيف

---

(١) رد المحتار ٢/٦٣٣، منحة الخالق ٤/١٧٩/ ١٨١، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى ٢/٥٢٨، الحاوى ١١/٥٠٢ ، الاقناع ٢/١٩٦، قليوبى ٤/٩٠.

يقوم بأمور غيره، أما إن كان عندهما من يقوم بهما ويرعى شئونهما فلا يسقط حقهما فيها لعدم لحوق الضرر بالصبى.

جـ- العمى والصمم:

إذا كان الحق فى الحضانة لأعمى أو أصم وأمكنهما حفظ الطفل ورعايته بقيا على حقهما فيها لعدم العجز، وإن لم يمكنهما تدبر أمورهما بأنفسهما ولم يكن لهما من يقوم بهما فلا حق لهما فيها لعجزهما عن حفظ الصبى ورعايته، لأن من لايرعى نفسه كيف له أن يرعى غيره.

وللشافعية[1] فى حضانة الأعمى قولان: أحدهما وهو الظاهر عدم سقوط حضانته مطلقا كان متمكنا من حفظ الطفل أولاً، له من يقوم بمصالحه أولاً.

والثانى : سقوط حضانته بكل حال.

والأولى هو التفريق بين من يمكنه رعايته وحفظه فيبقى على حقه ومن لا يمكنه ذلك فلا يحق له.

---

(١) قليوبى ٩٠/٤، الاقناع ١٩٦/٢.

المبحث الثاني

أمانة الحاضن

يشترط فى المستحق للحضانة أن يكون أمينا، فإن كان فاسقاً بأن كان غير مؤتمن على المحضون.

فقد اختلف الفقهاء فى سقوط حضانته وفيما يفسق به وبيان ذلك فى مطلبين:-

المطلب الأول

ما يعد فسقا تسقط به الحضانة

اختلفت عبارات الفقهاء فيما يعد فسقاً يسقط عدالة المستحق للحضانة إلا أنها جميعاً لا تخرج عن أن المراد بالفسق هو ما يتضرر به الولد وإليك بعض من آرائهم.

فالحنفية يرون:

أن الفسق الذى يسقط الحق فى الحضانة هو فسق يضيع الولد به، وهو باطلاقه ينتظم جميع أنواع الفسق من زنا(1)وسرقة وغناء ونياحة حتى لو تركت الصلاة، إذ كل ذلك فسق يضيع به الولد فيسقط حق صاحبه فى الحضانة.

---

(١) قصره بعض الحنفية على الزنا لإنشغال الأم عن الولد بالخروج من المنزل أما غيره فلا، لأن الذمية أحق بولدها المسلم ما لم يعقل الأديان فالفاسقة المسلمة أولى، والأصح عدم قصر الفسق على الزنا، لأن الذمية إنما تفعل ما تفعل مما يوجب الفسق عندنا على جهة اعتقاده دينا لها فلا يلحق بها الفاسقة المسلمة، منحة الخالق على البحر ١٨١/٤، حاشية ابن عابدين ٦٣٣/٢، ٦٣٤، حاشية الطائى مع شرح الكنز للعينى ١٨٤/١.

وقريب من هذا ما ذهب إليه المالكية حيث يرون أن الفسق كما يكون بالزنا يكون بالشرب والغناء وكل لهو محرم يقول الدردير[1] عند بيان شروط الحضانة والأمانة فى الحاضن أماً أو أباً فى الدين فلا حضانة لفاسق كشريب ومشتهر بزنا ولهو محرم.

فالمراد بالأمانة عندهم حفظ الدين، وإن كان فى الأصل حفظ المال والدين معاً.

ويرى الشافعية[2] أن الفاسق هو من ارتكب كبيرة كالغصب والسرقة والقذف وشرب الخمر، والزنا سواء فعل ذلك مرة أو تكرر منه، أو أصر على صغيرة، كما يعد تارك الصلاة فاسقاً عندهم غير أنهم يقولون يكتفى فيمن يستحق الحضانة بعدالة الظاهر فقط فلا يكلف الثبوت عند القاضى[3].

وخلاصة أقوال الفقهاء فى هذا الأمر أنه يشترط عدم فسق الحاضن وأن الفاسق هو من يخشى أن يلحق ضرره بالمحضون والذى يرتكب الزنا أو السرقة أو الشرب يخشى ضرره على المحضون كما أن من يديم الغناء أو الرقص وكل لهو محرم يخشى ضرره على المحضون، كما أن تارك الصلاة يخشى ضرره على المحضون وبالتالى

---

(١) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقى ٥٢٨/٢.

(٢) المهذب ٣٢٤/٢، قليوبى وعميرة على شرح المحلى ٩٠/٤ تقريرات الشيخ عوض مع الاقناع ١٩٥/٢.

(٣) فلو ادعى أحدهما فسق صاحبه لينفرد بالحضانة باسقاط حق الآخر لم يقبل قوله ولم يكن له إحلافه عليه، ويظل على ظاهر العدالة حتى يقيم مدعى الفسق بينة عليه. الدسوقى والشرح الكبير ٥٢٨/٢، ٥٢٩، الحاوى الكبير ٥٠٣/١، ٥٠٤.

يسقط حق من اتصف بشئ من ذلك فى حضانة الطفل لعدم عدالته عند الجمهور من أهل العلم.

المطلب الثانى

الخلاف فى سقوط حضانة الفاسق

يرى جمهور أهل العلم[1] اشتراط عدالة المستحق للحضانة فإن كان فاسقاً سقطت حضانته ولو كان أباً أو أماً، وإذا سقطت حضانته لفسقه انتقلت إلى من يستحقها بعده وذلك لأن الحضانة من باب الولاية، والعدالة شرط فى استحقاق الولاية، فكانت شرطاً فى استحقاق الحضانة.

ولأن من كان بهذه الصفة ـ الفاسق ـ لا يوفى الحضانة حقها، ثم إنه لاحظ للولد فى حضانة الفاسق لأنه ينشأ على طريقته، إذ ربما اقتدى الولد بفساده لاقترانه به ونشوئه معه.

كما أن الفاسق عادل عن صلاح نفسه فكان بأن يعدل عن صلاح غيره أشبه.

وذهب ابن حزم الظاهرى[2] إلى أن للأم الفاسقة الحق فى حضانة الصغير مدة الرضاع، فإذا بلغ مبلغ الفهم والاستغناء فلا حضانة لها لقوله تعالى: ﴿ **وذروا ظاهر الإثم وباطنه** ﴾ [3].

---

(١) منحة الخالق ١٨١/٤، رد المحتار والدر المختار ٦٣٣/٢، ٦٣٤، التاج والاكليل ٢١٦/٤، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقى ٥٢٨/٢.

(٢) المحلى ٣٢٣/١٠.

(٣) بعض آية ١٢٠ من سورة الأنعام.

وقبل أن يصل إلى حد الفهم لا اثم، وعند بلوغه حد الفهم يجب نزعه عنها لأن فى ذلك ترك لظاهر الإثم وباطنه.

وذهب الحنابلة فى رواية وهو قول الشوكانى والصنعانى[1] إلى أنه لا يشترط عدالة الحاضن فلا تسقط حضانته بفسقه، لأن العدالة معتبرة فيما اعتبره الشرع لا فى كل أمر، واعتبارها فى الحضانة حرج عظيم وتعسير شديد إذ غالب النساء يتساهلن فى كثير من الأمور الدينية، فلو كانت العدالة معتبرة فيهن ومسوغة لنزع أولادهن من أيديهن لم يبق صبى بيد أمه إلا فى أندر الأحوال وفى ذلك ضرر بالصبى بنزعه عمن يرعى مصالحه، وضرر بالأم بتوليهها بولدها وهو منهى عنه[2]. ولأنه مخالف لما عليه أهل الإسلام سابقهم ولاحقهم.

الترجيح :

بعد هذا العرض الموجز لهذه الآراء وأدلتها أرى أن أولاها بالقبول هو ما عليه الجمهور من إشتراط عدالة الحاضن وعدم فسقه غير أنه يجب أن يفرق بين فسق يتضرر به الصبى كان يكون من له الحضانة مشتهراً بارتكاب الفواحش كالزنا والشرب ونحوها أو أن يكون مشتهراً باستعمال اللهو المحرم من غناء ورقص حيث يسقط حقه فى الحضانة بذلك، إذ فى معاشرة من هذه صفته لحوق أشد الضرر بالصبى

---

(١) الفروع ٦١٦/٥، السيل الجرار على حدائق الأزهار ٤٣٩/٢، سبل السلام ٢٢٩/٣.

(٢) ثبت ذلك من حديث يروى عن النبى ﷺ أنه قال : " لا توله والدة بولدها ". المصنف لعبد الرازق ١٥٣/٧، ١٥٤/ نصب الراية ٢٦٦/٣ سبل السلام ٢٢٩/٣، سنن البيهقى ٥/٨.

إذ ينشأ على طريقته، ولا مصلحة له فى أن ينشأ فاسقاً والحضانة ما كانت إلا لحظ الولد، ولا حظ له فى أن ينشأ على الفسق.

ولأن الله يقول : ﴿ **وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان** ﴾ [1] وترك الصغير مع من هذه صفته ليس تعاوناً على البر والتقوى بل تعاوناً على الإثم وهو منهى عنه.

أما إن كان فسق مستحق الحضانة بتكاسله عن الصلاة أو بإرتكابه لبعض الصغائر، وكان الطفل صغيراً لم يصل إلى مرحلة الفهم والاستيعاب لما يحدث حوله فإنه لا ينزع عن حاضنه إذ لا ضرر عليه والحال هذه فى صحبته.

والله تعالى أعلم ،، ،،،

[1] بعض آية : ٢ من سورة المائدة.

المبحث الثالث

إسلام الحاضن

اختلف الفقهاء فى ثبوت الحضانة للكافر [1] على المسلم وانحصر خلافهم فى ثلاثة آراء:

القول الأول:

ذهب إليه الحنفية والمالكية وأبو ثور وأبو سعيد الأصطخرى من الشافعية [2] أن الإسلام ليس شرطا فى الحاضن ذكراً أو أنثى.

فلو كانت الأم كافرة [3] ـ كتابية أو مجوسية [4] فإنها تظل على حقها فى الحضانة ولا ينزع الصبى منها، فإن خيف أن تغذيه بخمر أو خنزير فإنها تضم إلى واحد من المسلمين ليكون رقيبا عليها ولا ينزع منها الصبى.

وقد استدل أصحاب هذا القول لما ذهبوا إليه بأدلة منها:

أ- روى عن عبد الحميد بن جعفر الأنصارى قال أخبرنى أبى عن جدى رافع بن سنان أنه أسلم وأبت امرأته أن تسلم فأتت النبى

---

(١) لا خلاف فى جواز حضانة المسلم للكافر لما فيه من المصلحة إنما الخلاف فى حضانة الكافر للمسلم.

(٢) المبسوط ٢١٠/٥، البدائع ٤٢/٤، التاج والاكليل ٢١٦/٤ـ الدسوقى والشرح ٥٢٩/٢، نيل الأوطار ٣٣١/٦، الهداية والعناية عليها مع الفتح ٣٧٢/٤.

(٣) ومثل الأم فى ذلك الجدة والخالة والأخت المجوسيات.إذا أسلم الأب.

(٤) زواج المسلم من الكتابية جائز ومتصور، أما زواج المجوسية ابتدأ فغير جائز، وتصور المسألة أن يكون الزوجان مجسويين فيسلم الزوج وتأبى الزوجة الإسلام فيفرق بينهما ويتنازعا فى حضانة الطفل.

ﷺ فقالت ابنتى وهى فطيم أو شبهه وقال رافع ابنتى فقال رسول الله ﷺ اقعد ناحية وقال لها اقعدى ناحية فاقعد الصبية بينهما ثم قال ادعواها فمالت إلى أمها فقال النبى ﷺ اللهم اهدها فمالت إلى أبيها فأخذها[1].

دل الحديث على ثبوت حق الحضانة للأم الكافرة وإن كان الولد مسلماً، إذ لو لم يكن لها حق لم يقعدها النبى ﷺ بينهما، ولما خيرها والتخيير دليل ثبوت الحق.

ب ـ إن حق الحضانة لها لوجود الشفقة منها على الولد وذلك لا يختلف باختلاف الدين، وقد قيل كل شئ يحب ولده حتى الحبارى[2].

جـ - إن هذا الحق إنما يثبت نظراً للصغير وهو لا يختلف بالإسلام والكفر.

القول الثانى :

أن الصبى يظل فى حضانة أمه غير المسلمة حتى يعقل الأديان[3] فإذا عقل أو خيف أن يألف الكفر، حيث تذهب به إلى معابدهم ـ فإنه ينزع منها، ولا فرق فى ذلك بين الذكر والأنثى.

---

(١) أخرجه الترمذى عن ابى هريرة وقال صحيح الاسناد ـ السنن للترمذى ٧٥/٣، نصب الراية ٢٦٩/٣، وما بعدها ، السنن لابن ماجه ٧٨٨/٢.

(٢) هو طائر طويل العنق رمادى اللون فى منقاره بعض طول يسميه أهل مصر الحبرح يضرب به المثل فى عدم المحبة. حياة الحيوان للدميرى ٣٨٣/٣، النظم المستعذب ١٤٩/١.

(٣) قيل يقدر ذلك بسبع سنين لصحة إسلامه حينئذ، حاشية رد المحتار لابن عابدين ٦٣٩/٢.

وقد ذهب إلى هذا القول بعض الحنفية[1] وهو قريب مما ذهب إليه ابن حزم الأندلسى[2].

أما تركه فى يدها مدة الرضاع فلقوله تعالى : ﴿ **والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين** ﴾[3]

حيث لم يفرق بين أم وأم فلا يجوز نقله أو نقلها عن موضع جعلهما الله تعالى فيه بغير نص، أما إذا بلغ الصبى مبلغ الفهم والاستغناء فإنه ينزع منها، لأن الولد مسلم بإسلام أبيه وهى تعلمه الكفر فلا يؤمن الفتنة فى تركه عندها.

ولأن الله يقول :﴿ **وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان** ﴾ [4] ومن ترك الصغير أو الصغيرة حيث يدربان على سماع الكفر، وترك الصلاة والصيام وشرب الخمر وأكل الخنزير حتى يسهل عليهما شرائع الكفر فقد عاون على الإثم والعدوان ولم يعاون على البر والتقوى، ومن ازالهما عن ذلك إلى حيث يتعلمان الصلاة والصيام وشرائع الإسلام فقد عاون على البر والتقوى وأدى الفرض فى ذلك.

القول الثالث: لا تثبت الحضانة لكافر على مسلم ــ ذكرا أو أنثى.

---

(١) ينسب هذا القول إلى الإمام أبو بكر أحمد الرازى يراجع البدائع ٤٢/٤.

(٢) يقول ابن حزم فى المحلى ٣٢٣/١، ٣٢٤، والأم الكافرة أحق بالصغيرين مدة الرضاع فإذا بلغا من السن والاستغناء ومبلغ الفهم فلا حضانة لكافرة.

(٣) بعض الآية ٢٢٢ من سورة البقرة .

(٤) بعض الآية ٢ من سورة المائدة.

ذهب إلى ذلك الشافعية فى المذهب[1] والحنابلة[2] والزيدية[3].

واستدلوا لذلك بما يلى:

١- أن الله قطع الموالاة بين الكافرين والمسلمين وجعل المؤمنين بعضهم أولى ببعض وقال: ﴿ **ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا** ﴾ [4] والحضانة ولاية لابد فيها من مراعاة مصلحة المولى عليه.

٢- إن الحضانة لحظ الولد ولاحظ له فى حضانة الكافرة، فلا تشرع على الوجه الذى فيه هلاكه وهلاك دينه.

٣- إن الحضانة لا تثبت لفاسق فلأن لا تثبت لكافر أولى، لأن ضرره أكثر حيث يفتنه عن دينه ويخرجه عن الإسلام بتعليمه الكفر وتزيينه له وتربيته عليه، وهذا أعظم الضرر.

٤- قياس الحضانة على غيرها من الولايات حيث لا تثبت ولاية الكافر على المسلم فى النكاح وغيره كذا هذا.

المناقشة:

أولا: ناقش أصحاب القول الثالث أدلة القول الأول بما يلى:

أ- حديث عبد الحميد بن جعفر لا يصلح للاحتجاج به لعدة أمور منها[5]:

---

(١) المهذب ١٦٩/٢، الحاوى الكبير ٥٠٣/١١، المجموع ٢٢٢/٢٠.

(٢) المغنى ٦١٣/٧، الكافى لابن قدامة ٣٨٣/٣.

(٣) البحر الزخار ٣٨٤/٤، ٣٨٥.

(٤) بعض آية ١٤١ من سورة النساء.

(٥) المجموع ٢٢٠/٢٠، ٢٢٢، المغنى ٦١٣/٧، نيل الأوطار ٣٣٠/٦، ٣٣١، سبل السلام ٢٢٨/٣.

١- لأن عبد الحميد رمى بالقدر، وكان سفيان يضعفه وكذا الثورى ويحيى بن معين.

٢- قال ابن المنذر ـ هذا الحديث لا يثبته أهل النقل وفى إسناده مقال.

٣- وإن سلم بصحته فيحتمل أن النبى ﷺ علم أنها تختار أباها بدعوته فكان ذلك خاصا فى حقه، أو أنه منسوخ لأن الأمة أجمعت على أنه لا يسلم الصبى المسلم إلى الكافر ـ لأن الله يقول: **﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا﴾**.

٤- ثم إنها كانت فطيما والفطيم لا يخير.

وقد رد أصحاب القول الأول هذه الاعتراضات بما يلى:

١- إن الحديث بأسانيده وطرقه يصلح للاحتجاج به وقد صححه الحاكم وغيره .

٢- إن دعوى الاضطراب ممنوعة باعتبار محل الحجة وهو كفر الأم وثبوت التخيير وهذان العنصران هما ما يدور حولهما الحكم.

٣- إن دعوى النسخ والإجماع عليه مردودة، إذ النسخ لا يكون إلا بنص أو إجماع ولم يوجد فبطل القول به.

ب - قولهم إن حق الحضانة لها لوجود الشفقة وذلك لا يختلف بالإسلام والكفر غير مسلم لأنها وإن كانت مشفقة عليه فهى

مأمونة على بدنه لكنها غير مأمونة على دينه وحظه فـــى الديـــن أقوى.

ثانيا: ناقش أصحاب القول الأول أدلة القول الثالث بما يلى:

أ- أما استدلالهم بعموم قوله تعالى :﴿ **ولن يجعل الله للكـــافرين علـــى المؤمنين سبيلا** ﴾ فهو مردود لأن هذا عموم وحديث عبد الحميد بـــن جعفر خصوص والخاص يقدم على العام كما هو مقرر عند علمـــــاء الأصول.

ب- قولهم إن الحضانة لا تثبت لفاسق غير مسلم، إذ إن هذا الشـــرط غير متفق عليه بين أهل العلم حيث نازع بعضهم فى اشـــتراطه فـــلا يصلح للاستدلال به على اشتراط الإسلام فى الحاضن.

الترجيح:

بعد هذا العرض للآراء والأدلة فإننى أميل إلى ترجيح ما ذهـــــب إليه أصحاب القول الثانى من بقاء الصبى عند أمه إلى أن يعقل الأديـــان ويفهم ما يدور حوله، فإن أدرك وعقل أو خيف عليه أن يألف الكفر نـزع منها، إذ هو أعدل الآراء.

لأن فيه توازنا بين حفظ حق الأم فى حضانة ابنها وحفـظ الابـــن من تعلم الكفر.

أما حق الأم فى حضانة ابنها فى مدة الرضاع فذلك لقوله تعـالى : ﴿ **والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين** ﴾ ولأن الصغير فى هـــذه السن ومن زاد عليها لا فهم له ولا معرفة بما يشاهد فلا ضرر عليه فـــى

ذلك، أما إذا عقل الأديان أو خيف عليه أن يألف الكفر وذلك لا يكـون إلا بعد إدراكه وتمييزه فإنه ينزع منها حفظا له، لأن فى بقائه عندها يلحقـه الضرر بتعوده على الكفر فكان حقه فى حفظ دينه أقوى من حقـها فـى حضانته.

ولأن الحضانة لحظ الولد ولاحظ له فى أن يبقى بيدها عندما يعقل لأنه يألف عاداتها بكل ما فيها من مساوئ أما قبل أن يعقل فإن حظه فـى أن يبقى بيدها لينال من حنانها وشفقتها ما لا يناله عند غيرها.

المبحث الرابع

عدم زواج المستحقة للحضانة

إذا كانت الحضانة للأنثى فهل يشترط لاستحقاقها الحضانة خلوهـا عن الزواج[1] وإذا استحقت الحضانة ثم تزوجت فهل يسقط حقها فيـها أم لا ؟ وهل يختلف الحكم فيما إذا كان الزوج قريبا للمحضون عما إذا كـان أجنبيا أم لا؟ هذا ما سنتعرف عليه من خلال هذه المطالب:

---

(١) هذا إذا أقرت بالتزوج، فإن ادعى عليها ذلك ـ حيث تنازعت مع أحد مسـتحقى الحضانـة فادعى أنها متزوجة ليسقط حقها، وأنكرت هى ذلك كان القول قولها مع يمينها. أما إن أقـرت بالزواج وادعت أنها طلقت وعينت الزوج فلا يقبل قولها، لأن دعواها طلاق المعين لا تقبـل إلا إذا صدقها، البحر الرائق ٤/١٨٣، در المحتار ٢/٦٤٠.

المطلب الأول

إذا كان الزوج قريبا

إذا كان الزوج قريبا من المحضون، بأن كان زوجها ذى رحم[١] منه فإنها تبقى على حقها فى الحضانة ولا يسقط حقها فيها عند غالبية الفقهاء[٢].

فلو كانت الحاضنة أما أو خالة وزوجها عم الصبى، أو كانت جدة متزوجة بجد الصبى فهى على حقها فى الحضانة وليس لأحد نزع الصبى منها[٣].

ودليل ذلك ما يلى:

أ- ما روى أن عليا وجعفرا وزيد بن حارثة تنازعوا فى حضانة ابنة حمزة فقضى بها رسول الله ﷺ لخالتها وقال الخالة بمنزلة الأم[٤] وقد كانت متزوجة بجعفر بن أبى طالب

---

(١) يشترط فى ذى الرحم أن يكون محرما، فإن كان زوجها ذى رحم لكنه غير محرم كأبن العم والمحضون انثى فهو كالأجنبى فيسقط حقها بالزواج منه، البحر الرائق ١٨٣/٤، الدسوقى والشرح الكبير ٥٣٠/٢.

(٢) لم يخالف فى ذلك إلا ابن وهب المالكى والشافعية فى وجه حيث اسقطوا حضانتها بالزواج مطلقا، ولو كان الزوج ذا رحم محرم لعموم قوله ﷺ " ما لم تنكحى " ولما يجذبها الطبع إليه من التوافر على الزوج ومراعاة أولادها منه. حاشية المدنى على كنون وحاشية الرهونى ٢٦٢/٤، الحاوى ٥٠٥/١١.

(٣) البدائع ٤٢/٤، المبسوط ٢١٠/٥، التاج والإكليل ٢١٧/٤، المغنى ٦١٩/٧، السيل الجرار ٤٣٩/٢، الكافى ٣٨٤/٣، البحر الزخار ٣٨٥/٤،شرح الكنز ١٨٥/١.

(٤) صحيح البخارى ٦٤/٣، فتح البارى ٥٧١/٧، السنن للبيهقى ٥/٨.

فلم يجعل نكاحها بذى رحم للصبى وهو جعفر ابن عم الصبية مبطلا لحقها.

ب- إن جد الولد يكون مشفقا عليه ولا يلحقه الأذى والجفاء من جهته، وكذا العم وغيره من المحارم لوجود المانع من ذلك وهو القرابة الباعثة على الشفقة، فلما كان الضرر منتفيا عن الصغير لم يسقط حقها فى الحضانة.

جـ- إن كل واحد منهما له الحق فى الحضانة منفردا فمع اجتماعهما أولى.

المطلب الثانى

إن كان الزوج غير قريب للمحضون

إن كان الزوج أجنبيا من المحضون فقد اختلف الفقهاء فى سقوط حضانتها بالزواج على ثلاثة آراء.

القول الأول:

لا يسقط حقها فى الحضانة سواء دخل بها الزوج أو لم يدخل.

ذهب إلى ذلك الحسن البصرى وابن حزم الأندلسى[1] وهو مروى عن عثمان بن عفان[2] وقد استدلوا لقولهم هذا بما يلى:

أ- قوله تعالى : **﴿ وربائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم ﴾** [3].

---

(١) تكملة المجموع ٢٢٣/٢٠، الحاوى ٥٠٤/١١ ، المحلى ٣٢٣/١٠، البحر الزخار ٣٨٥/٤، سبل السلام ٢٢٧/٣.

(٢) نيل الأوطار ٣٢٩/٦.

(٣) بعض الآية ٢٣ من سورة النساء.

ولو كان الزواج يسقط حق المرأة فى الحضانة ما كانت فى حجره فدل كونها فى حجره على بقاء حقها فى ذلك ولو تزوجت.

ب_ قوله تعالى : ﴿ **والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين** ﴾ [1].

دلت الآية على أن حق الرضاع للأم فلا يجوز نقله أو نقلها عن موضع جعلهما الله تعالى فيه بغير نص ولم يأت نص صحيح قط بأن الأم إذا تزوجت يسقط حقها فى الحضانة.

جـ- أن النبى ﷺ تزوج أم سلمة ومعها بنتها زينب[2] فكانت عندها ولم تسقط حضانتها بالزواج وقد أقرها النبى ﷺ على ذلك.

د- روى عن أنس بن مالك قال قدم رسول الله ﷺ المدينة ليس له خادم فأخذ أبو طلحة بيدى فانطلق بى إلى رسول الله ﷺ فقال:" يا رسول إن أنسا غلاما كيسا فليخدمك قال فخدمته فى السفر والحضر"[3].

فهذا أنس فى حضانة أمه ولها زوج وهو أبو طلحة بعلم رسول الله ﷺ ولم ينكر فكان إقرارا ببقاء حقها فى الحضانة.

هـ- ما روى أن عليا وجعفرا وزيد بن حارثة تنازعوا فى حضانة ابنة حمزة ــ حيث قضى بها رسول الله ﷺ للخالة[4] وهى مزوجة

---

(١) بعض آية ٢٢٢ من سورة البقرة .

(٢) يراجع المستدرك للحاكم ١٧/٤، ١٩.

(٣) الحديث أخرجه البخارى فى صحيحه ١٧٤/٢، فتح البارى بشرح صحيح البخارى ٤٧٤/١٠.

(٤) سبق تخريجه.

بجعفر، ولو كان الزواج يسقط حق المرأة فى الحضانة لما قضى لها بها.

و- إنه لا فرق فى النظر والحياطة بين الربيب ـ زوج الأم ـ والربيبة ـ زوجة الأب ـ بل فى الأغلب يكون الربيب أشفق وأقل ضررا من الربيبة.

القول الثانى : وهو رواية مهنا عن الإمام أحمد [(١)].

إن تزوجت والابن صغيرا نزع منها، أما البنت فلا تنزع منها إلى سبع سنين.

فقد فرق بين الغلام حيث يسقط حقها فى حضانته بمجرد زواجها والجارية فلا يسقط حقها فى حضانتها بالزواج إلى أن تبلغ سبع سنين.

واستدل لذلك التفريق بقصة ابنة حمزة حيث ابقى الحضانة عليها لخالتها وهى متزوجة.

وبحديث (أنت أحق به ما لم تنكحى) وسيأتى فى أدلة ـ الجمهور ـ إذ مقتضاه سقوط حضانة المرأة بالزواج فللجمع بين الأحاديث يقال ببقاء الحضانة على الأنثى وسقوطها عن الذكر بزواج الحاضنة جمعا بين الأدلة.

القول الثالث: يسقط حقها فى الحضانة بزواجها[(٢)] بأجنبى من الصغير.

---

(١) الكافى لابن قدامة ٣/٣٨٣، ٣٨٤،المغنى ٧/٦١٩.

(٢) وقد اختلفوا فى المراد بالزواج هل هو العقد أو الدخول فالحنفية والشافعية والحنابلة فى وجه أن المراد به العقد فيسقط حقها فى حضانة الصبى بالعقد دخل بها الزوج أم لا ، لحديث (أنت أحق به ما لم تنكحى)، والنكاح اسم للعقد وقد وجد قبل الدخول، ولأن بالعقد يملك منافعها

ذهب إلى ذلك الجمهور من أهل العلم [1] حتى ادعى ابن المنذر الإجماع على ذلك[2].

أدلتهم :

استدل الجمهور لمذهبهم هذا بأدلة من السنة والمعقول نذكر منها:

أ- روى عن عمر بن شعيب عن أبيه عن جده أن امرأة أتت رسول الله ﷺ فقالت :" يا رسول الله إن ابنى هذا كان بطنى له وعاء وحجرى له حواء وثدى له سقاء ويزعم أبوه أن ينزعه منى فقال لها رسول الله ﷺ أنت أحق به ما لم تنكحى"[3] فقد جعل الحق لها إلى أن تتزوج وحكم ما بعد الغاية مخالف لما قبلها، وذلك دليل على سقوط حقها فى الحضانة بالزواج.

ب- روى عن سعيد بن المسيب قال طلق عمر أم ابنه عاصم فلقيها ومعها الصبى فنازعها وارتفعا إلى أبى بكر الصديق فقضى بعاصم

ويستحق زوجها منعها من حضانته فزال حقها كما لو دخل بها، وذهب المالكية والحنابلة فى وجه إلى أنه لا يسقط حقها إلا بالدخول، إذ بالدخول تنشغل بأمر الزوج، أما قبله فلم تشغل بشئ : يراجع فى ذلك منحة الخالق مع البحر الرائق ١٨٣/٤،المدونة الكبرى ٥٦/٢، حاشية الشيخ عميره على شرح المحلى مع قليوبى ٩٠/٤، المغنى ٦٢٠/٧.

(١) يراجع ما سبق من مراجع والمبسوط ٢١٠/٥، حاشية المدنى على كنون مع حاشية الرهونى ٢٦٢/٤، الأم ٩٢/٥، الحاوى ٥٠٤/١١، ٥٠٥، مجموع فتاوى ابن تيمية ١٠٧/٢٤، الكافى لابن قدامة ٣٨٣/٣، ٣٨٤، البحر الزخار ٣٨٥/٤، شرح الكنز للعينى ١٨٤/١، ١٨٥.

(٢) نقل هذا الإجماع عنه صاحب المغنى ٦١٩/٧، الشوكانى فى نيل الأوطار ٦*٣٢٩، الصنعانى فى سبل السلام ٢٢٧/٣، لكن فى حصول هذا الإجماع نظر لحصول الخلاف عليه؟

(٣) رواه الحاكم فى المستدرك ٢٠٧/٢، وقال صحيح الاسناد ، السنن لابى داود، باب من أحق بالولد ٢٩٢/٢، نصب الراية للزيلعى ٢٦٥/٣، السنن للبيهقى ٤/٨، ٥.

لأمه ما لم يشب أو تتزوج وقال إن ريحها وفراشها خير لـــه حتـى يشب أو تتزوج [١] وقد كان ذلك بمحضر من الصحابة فلـم ينكـره منكر فكان إجماعا.

جـ- إنها لما تزوجت اشتغلت بخدمة زوجها فلا تتفرغ لتربية الولد.

د- إن الولد يلحقه الجفاء والمذلة غالبا من زوج الأم على ما قيـل إنـه يطعمه نزرا ـ أى قليلا ـ وينظر إليه شزرا ـ أى نظر بغـض ـ فكان للأب أن لا يرضى بذلك فيأخذ الولد منها.

هـ- إن على الولد وعصبته عار فى المقام عند زوج أمه.

المناقشة:

ناقش كل فريق أدلة الفريق الآخر بما يتوافق مع مذهبـه فلنذكـر بعض هذه المناقشات بشئ من الإيجاز.

أولا: مناقشة أدلة القول الثالث:

ناقش أصحاب القول الأول أدلة الجمهور بما يلى:

أ- حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده لا يصلح للاحتجاج لأنـه صحيفة حيث إن أبوه لم يسمع من جده.

---

(١) رواه مالك فى الموطأ فى كتاب القضاء ولم يذكر فيه لفظ أو تتزوج كما ذكر أن النزاع كـان بين عمر والجدة، يراجع للزرقانى على الموطأ ٤٧٢، ٧٣، ورواه عبد الـرازق بروايتيـن إحداهما أن النزاع كان مع الأم والأخرى مع الجدة، المصنف لعبد الـرازق ٧/١٥٤، كمـا يراجع السنن الكبرى للبيهقى ٨/٥.

ويجاب عن ذلك:

بأن روايات عمرو عن أبيه عن جده قبلها الأئمة وعملوا بها، البخارى ومسلم وابن المدينى والحميد وإسحاق وأمثالهم فلا يلتفت إلى القدح فيه، ثم إن هذا الحديث صححه الحاكم وغيره فكان حجة فى محل النزاع.

ب- أما قضاء أبى بكر فهو فعل صحابى لا حجة فيه، لأن الحجة فيما جاء عن رسول الله ﷺ ، ولو كان ذلك الأمر معروفا لديهم وعندهم فيه نص لما نازع عمر زوجته فى حضانة ابنه.

ثم إن ما روى عن أبى بكر أنه قضى بالولد لأمه، فغير صالح للاحتجاج، لأن أكثر رواياته ليس فيها ما لم تتزوج فيكون فى غير محل النزاع.

ويجاب بأن قضاء أبى بكر وإقرار عمر بقضائه وموافقة الصحابة عليه يصيره إجماعا، والإجماع أحد الأدلة الشرعية، ثم إن حديث " أنت أحق به ما لم تنكحى" قد صححه غير واحد من الأئمة وتلقته الأمة بالقبول كما بينا سابقا.

أما دعوى أن الأثر لم يرد فيه ما لم تزوج فمردود، إذ وردت هذه اللفظة فى رواية عند عبد الرازق(١).

---

(١) المصنف ٧/١٥٤.

أما قولهم إن الولد يلحقه الجفاء والمذلة فذلك أمر نسبى إذ قد يلحقه من الجفاء والمذلة من زوجة الأب أضعاف ما يلحقه من ذلك عند زوج أمه.

<u>ثانيا:</u> أما القول الثانى فلا أدلة عنده على ذلك التفصيل فلا حاجة إلى التعرض له.

<u>ثالثا:</u> ناقش الجمهور أدلة القول الأول بما يلى:

أ- أما إستدلالهم بآية ﴿ وربائبكم اللاتى فى حجوركم ﴾ فيراد به إذا لم يكن هناك أب أو كان ورضى بحضانة أمه، وذلك جائز بغير خلاف، أما عند المنازعة فلا دلالة فى الآية عليه فكان خارجا عن محل النزاع.

ب- أما زواج النبى ﷺ بأم سلمة وبقاء الحضانة لها على بنتها، فلأنه لم يكن من عصبتها نزاع، ومجرد البقاء مع عدم المنازع لا يصلح للاحتجاج به على محل النزاع لاحتمال أنه لم يبق لها قريب غيرها، ثم إنها كانت فى كفالة رسول الله ﷺ وهو أفضل الخلق فلا ينازع.

جـ- أما استدلالهم بقصة أنس وأنه كان فى حضانة أمه وهى متزوجة فمردود بما رد به الأول وهو عدم المنازع، ولا يعد دليلا على محل النزاع إلا مع طلب من تنتقل إليه الحضانة ومنازعته، أما مع عدم طلبه فلا نزاع فى أن للأم المتزوجة أن تقوم بولدها

ولم يذكر فى القصص المذكورة أنه حصل نزاع فى ذلك فلا دليل فيما ذكروه على دعواهم فبطل الاحتجاج به.

د- أما قصة ابنة حمزة فقد قيل أنه قضى بها لجعفر ترجيحا لخالتها، وقيل قضى بها للخالة ترجيحا لجعفر لأنه ابن عمها، ولا شك أن الزوج إذا كان ذا رحم من الصغير فإنه لا يسقط حضانة المرأة عند الجمهور من أهل العلم.

ثم إن الحق فى المتزوجة للزوج وإنما تسقط حضانتها لأنها تشتغل بالقيام بحقه وخدمته، فإذا رضى الزوج بأن تحضن من لها حق فى حضانته وأحب بقاء الطفل فى حجره، لم يسقط حق المرأة من الحضانة.

ثم إن جعفر من أهل الحضانة ولا يساويه فيها إلا على ، وقد ترجح جعفر لأن امرأته من أهل الحضانة فكان أولى، ثم إن النكاح إنما يسقط حضانة الأم وحدها إذا كان المنازع لها الأب، ولا يسقط حق غيرها ولا حق الأم حيث كان المنازع لها غير الأب، وبهذا يجمع بين قصة ابنة حمزة وحديث " أنت أحق به ما لم تنكحى".

أما قولهم ــ إنه لا فرق بين الربيب والربيبة إذ الضرر الذى يمكن أن يلحقه من الربيب قد يكون أشد من الضرر الذى يلحقه من الربيبة فأمر مسلم ويمكن حدوثه، لكن فى تربيته عند زوج أمه مذلة وعار يلحق الطفل وعصبته وذلك ضرر أشد وأعظم من الضرر الذى

يلحقه من زوجة أبيه، والقاعدة هي جواز فعل الضرر الأخف لترك الضرر الأعظم.

الترجيح:

بعد أن ذكرنا الآراء والأدلة وناقشنا ما أمكن مناقشته منها يتبين لنا رجحان القول الثالث ـ وهو ما ذهب إليه الجمهور ـ من سقوط الحضانة المستحقة للأنثى بزواجها لقوة أدلتهم وسلامتها عما وجه إليها من اعتراضات.

لكن يستثنى من ذلك صور تبقى فيها الحضانة للأنثى رغم زواجها نذكر منها:

أ- إذا كانت المرأة متزوجة بذى رحم محرم للصبى وهذا محل اتفاق عند جمهور العلماء لم يخالف فيه إلا ابن وهب المالكى والشافعية فى وجه وقد سبق بيانه.

ب- كما يرى الحنفية[1] أن الحاضنة إذا كانت تأكل وحدها وابنها معها فلها حق، لأن الأجنبى لا سبيل له عليها ولا على ولدها، بخلاف ما إذا كانت فى عيال ذلك الأجنبى، لأن سقوط الحضانة لدفع الضرر عن الصغير فينبغى للمفتى أن يكون ذا بصيرة ليراعى الأصلح للولد فإنه قد يكون له قريب مبغض لـه يتمنى موته، ويكون زوج أمه مشفقا عليه، وقد يكون له زوجة أب تؤذيه

(١) يراجع رد المحتار على الدر المختار ٢/٦٣٩، ٦٤٠.

أضعاف ما يؤذيه زوج أمه فإذا علم المفتي شيئاً من ذلك لا يحل له نزعه من أمه لأن مدار الحضانة على نفع الولد.

جـ- أن يعلم من له الحضانة بعد الأم بزواجها ويسكت مع علمه بأن الزواج مسقط لحقها، فإن كان سكوته بلا عذر العام ونحوه فلا يسقط حقها في الحضانة، فإذا علم بزواجها ولم يطالب بأخذ الولد حتى طالت المدة ثم خلت من الزوج فليس له أخذه منها لأن سكوته دليلاً على ترك حقه في الحضانة[1].

د- أن يكون زواجها في زمن الرضاع ولم يقبل الصبي غيرها، أو قبل غيرها وأبت أن ترضعه عند من انتقلت إليه الحضانة بعد تزويج أمه فلا تسقط حضانة الأم بالزواج [2]، لأن كونه في رضاع أمه وإن كانت ذات زوج أرفق به من أجنبية يسلم إليها، لا سيما إن كانت هي الأخرى ذات زوج.

هـ- أن لا يكون للولد قرابة غيرها لا من الرجال ولا من النساء، أو كان ولم يطلبها فلا تسقط حضانتها بالزواج اتفاقاً لعدم المنازع لها حينئذ كما في قصة زينب بنت أم سلمة وكما في قصة انس بن مالك رضي الله عنهم أجمعين.

(1) الدسوقي والشرح الكبير ٥٢٩/٢، ٥٣٠، التاج والاكليل ٢١٧/٤.

(2) المصادر السابقة .

المطلب الثالث

عود الحضانة للمرأة

إذا قلنا برأى الجمهور ــ وهو سقوط حق الأنثى فى الحضانة بزواجها بغير ذى رحم محرم من الصغير فهل يعود حقها فى الحضانة بالطلاق[1] أو فسخ النكاح الفاسد أم لا؟

اختلف الفقهاء فى ذلك وحاصل خلافهم يتمثل فى الآتى:

أ- ذهب المالكية والأوزاعى[2] إلى أن حقها فى الحضانة لا يعود بالطلاق، وسواء أكان طلاقاً بائنا أم رجعياً[3].

قال مالك: أرأيت إن تزوجت ثانية أيؤخذ منها ثم إن طلقها زوجها أيرد إليها أيضا ثانية ليس هذا بشئ، إذا أسلمته مرة فلا حق لها فيه.

---

(١) احترز بالطلاق عن الظهار والايلاء لأنهما لا ينهيان النكاح فلا يعود حقها فى الحضانة بهما: الحاوى ٥١٠/١١.

(٢) المدونة الكبرى ٣٥٦/٢،الدسوقى والشرح الكبير ٥٣٢/٢، المحلى ٣٢٩/١٠.

(٣) هذا إذا كان من له الحق فى الحضانة ــ الأب أو الأولياء قد انتزعه منها، أما إن علم بتزويجها ولم يقم بأخذ الولد حتى طالت المدة ثم خلت من الزوج فليس له أخذه منها لأنه يعد بذلك تاركاً لحقه ، التاج والإكليل ٢١٧/٤.

ودليل ذلك

١- أن النبى ﷺ جعل لها الحق فى الحضانة ما لم تنكح بقولـــه :" أنت أحق به ما لم تنكحى" وأطلق وهذه قد نكحت فسقط حقــها فلا يعود بعد ذلك.

٢- قياس الحق فى الحضانة على حق ولى المجنـــى عليـــه فـــى القود، فالولى إذا أسقط حقه فى القود فإنه لا يعود للمطالبة بـــه مرة ثانية، وإن طالب به لم يستحقه، كذلك حق المــــرأة فـــى الحضانة إذا سقط فإنه لا يعود.

(ب) وذهب الشافعية والحنابلة وبه قال أبو ثور والحسن بن حيـــى وهو مذهب الزيدية[١].

إلى أن الأنثى التى سقط حقها فى الحضانة بالزواج يعـــود حقــها فيها بالطلاق[٢] مطلقا ــ أى سواء أكان الطلاق بائنا أم رجعيا.

أدلتهم:

أولا: استدلوا على عود الحضانة بالطلاق بما يلى:

أ- إن سقوط حضانتها بالزواج كسقوط حضانتـــها بـــالجنون وحضانة المجنونة تعود بالإفاقة من الجنـــون فكذلـــك تعـــود

---

(١) يراجع الحاوى الكبير ٥١٠/١١، المهذب ١٦٩/٢، تكملـــة المجمـــوع ٢٢٤/٢٠، المغنـــى ٦٢٤/٧، ٦٢٥، الكافى لابن قدامة ٣٨٤/٣، المحلى ٣٢٩/١٠، السيل الجرار ٤٣٦/٢، ٤٣٩، الأم ٩٢/٥.

(٢) كما يعود حقها فيها بموت الزوج وبفسخ النكاح الفاسد أما الظهار والايلاء فلا يعـــود بـــهما حقها فى الحضانة لبقاء الزوجية، الحاوى ٥١٠/١١.

بالطلاق بعد النكاح، لأن تعلق الحكم بعلة يوجب إسقاطها بزوال تلك العلة.

ب- إن حضانتها لم تبطل بالتزويج بل تأخرت بدليل انتقالها إلى أمها المدلية بها ولو بطلت حضانتها ما انتقلت إلى من أدلى بها، وإذا ثبت عدم بطلان حضانتها بالتزويج فإنها تعود بزوال النكاح.

ثانيا:

استدلوا على عدم الفرق بين الطلاق البائن والرجعى فى عود الحضانة بما يلى:

أ- إن الرجعية محرمة على الزوج بهذا الطلاق كالبائن.

ب- إن الرجعية لما ملكت نفسها بالطلاق قبل الرجعة صارت كالخلية عن الزوج فى استحقاق الحضانة، كما صارت مثلها فى جواز التصرف، فإن راجعها فى عدتها سقطت حضانتها برجعته، وقبل أن يراجعها تبقى على حقها فى الحضانة.

جـ- إن حقها سقط بالنكاح لاشتغالها باستمتاع الزوج، وبالطلاق الرجعى يحرم الاستمتاع كما يحرم بالطلاق البائن فتعود الحضانة به كما فى البائن.

د- إن الزوجية وإن كانت باقية بماله من حق الرجعة إلا أنه قد عزلها عن فراشه ولم يبق له عليها قسم ولا لها به شغل كما أنه عقد سبب زوال نكاحها فأشبهت البائن فى عدتها فيعود حقها فى الحضانة كالبائن إذا لا فرق.

حـــ- وذهب الحنفية والمزنى[1]:

إلى أن حقها فى الحضانة يعود بالطلاق البائن أو موت الزوج، أمـــا الطلاق الرجعى فلا يعود حقها فى الحضانة به إلا بانقضاء العدة[2].

وهو قول مخرج عند الحنابلة ذكره ابن قدامة[3].

أدلتهم:

أولاً:

استدلوا على عود الحضانة بالطلاق بأن الزواج مانع من استحقاق الحضانة وقد زال بالطلاق أو موت الزوج فيزول المنع لـــزوال ســـببه، وإذا زال المانع عاد حقها فى الحضانة.

ثانيا:

كما استدلوا على التفريق بين الطلاق البـــائن فيعـــود حقـــها بـــه والطلاق الرجعى فلا يعود حقها به بأن الطلاق البائن يزيل الزوجية أمـــا الطلاق الرجعى فلا يزيلها بل تظل الزوجية قائمة فتكون كالتى فى صلب النكاح فلا حق لها فى الحضانة.

---

(١) العناية على الهداية ٣٧٠/٤، البحر الرائق ١٨٣/٤، رد المحتار ٦٤٠/٢، الحاوى ٥١٠/١١، المهذب ١٦٩/٢.

(٢) مقتضى هذا القول أن المطلقة طلاقاً بائناً يعود حقها فى الحضانة قبل انقضاء العدة مع أنـــها تعتد فى بيت الزوج ولعل وجهه ارتفاع ولايته عليها فلا يتضرر الولد عنـــده، حاشـــية ابـــن عابدين ٦٤٠/٣.

(٣) المغنى ٦٢٥/٧.

الترجيح :

بعد أن ذكرنا الآراء والأدلة فإننى أميل أولاً إلى ترجيح القول بعود الحضانة بالطلاق أو موت الزوج، لأن النكاح مانع من الحضانة وقد زال المنع بالطلاق أو موت الزوج فوجب أن تعود إلى حقها فى الحضانة.

أما قول المالكية ومن وافقهم بعدم العود لحديث " أنت أحق به ما لم تنكحى" فيجاب عنه بأن النكاح أما أن يراد به العقد أو الوطء وكلاهما قد زال بالطلاق حيث لا تسمى المطلقة منكوحة وعلى هذا لم يبق فى الحديث حجة.

أما قياسهم حق الحضانة على حق القود فيجاب عنه بأن الأصوب هو قياس حق المطلقة على حق من سقطت حضانتها بالجنون أو بالفسق أو بغيره من الموانع إذ هو أقرب من قياسه على حق القود ومن سقطت حضانته بالجنون ونحوه إذا زال جنونه أو فسقه يعود إلى حقه بالاتفاق فكذا من طلقت فإنها تعود إلى حقها.

أما الخلاف فى الطلاق الرجعى حيث يعود لها الحق فى الحضانة به عند الشافعية ومن وافقهم ولا يعود عند الحنفية ومن وافقهم فإنى أرى ترجيح ما ذهب إليه الحنفية من أنه لا يعود به ولكن بانقضاء العدة، لأن المانع من الحضانة هو الزوجية وهى باقية مع الطلاق الرجعى فتمنع العود.

أما قياس الشافعية المطلقة طلاقاً رجعياً على الخلية فى استحقاق الحضانة بجامع أن كلاً منهما مالكة لأمر نفسها فهو قياس مع الفارق،

لأن المطلقة طلاقاً رجعياً يحق لزوجها مراجعتها فلا تكون مالكة لأمـــر نفسها.

وأما قولهم أنه عزلها عن فراشه ولم يبق لها عليه قسم ولا لها بــه شغل فأشبهت البائن فيجاب عنه بأن النكاح قبل الدخـــول مزيــل لحــق الحضانة مع عدم القسم والشغل بالزوج مما يدل على أن المانع حقيقة هو قيام الزوجية لا الانشغال بالزوج كما تقولون، وإذا ثبت ذلك فإن الطــلاق الرجعى لا يمنع من قيام الزوجية فى فترة العدة فلا يعود إليها الحق فـــى الحضانة لقيام النكاح وقد صح عن النبى ﷺ أنه قال: " أنت أحق به ما لم تنكحى" .

والله أعلم ،، ،،

المبحث الخامس

أثر السفر فى سقوط حضانة الأنثى

إذا أراد أحد الزوجين[1] أو أولياء المحضون السفر عن مكان الحضانة إلى مكان آخر، فهل يسقط حق الأم ــ أو من تستحق الحضانة من النساء ــ فى الحضانة أم لا؟

وللإجابة على ذلك لابد أولا من التفريق بين السفر القريب والسفر البعيد، ثم التفريق ثانيا بين سفر الأب أو أحد الأولياء وبين سفر من تستحق الحضانة من النساء وذلك فى جملة مطالب:

(١) إذا كانت الزوجية قائمة فمكان الحضانة هو مكان الزوجين فإذا أرادت المرأة أن تخرج من المصر الذى هى فيه إلى غيره كان لزوجها أن يمنعها من الخروج وسواء فى ذلك أن يكون ولدها معها أو لا يكون، لأن عليها المقام فى بيت زوجها، وكذلك إذا كانت معتدة ــ لقوله تعالى " ﴿ لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة ﴾ ، البدائع ٤٤/٤، البحر الرائق ١٨٧/٤، حاشية الدسوقى ٥٢٦/٢.

المطلب الأول

السفر القريب

إذا كانت مسافة السفر قريبة فسواء كان المسافر هو الأب أو أحد الأولياء، أو كان المسافر هو الأم أو من تستحق الحضانة من النساء، فإن ذلك لا يمنع حق المرأة فى حضانة ولدها، وسواء كان السفر سفر نقلة أو سفر تجارة أو حج ونحو ذلك، سافرت إلى وطنها أو إلى غيره، وقع العقد به أو لا ؟ فإن كان المسافر هو الأب أو أحد الأولياء المستحقين للحضانة فإن الولد يظل فى حضانة الأم أو من يقوم مقامها من المستحقين للحضانة من النساء.

وإن كان المسافر هو المرأة لم تمنع من السفر ولا من أخذ المحضون معها، لأن الأب أو المستحق للحضانة غيره لا يلحقه كبير ضرر بالنقل فكان بمنزلة انتقالها إلى أطراف البلد، ولأن قرب المسافة كالإقامة فى انتفاء أحكام السفر ويجرى ذلك مجرى البلد الواسع إذا تباعدت أطرافه حيث لا يمنع التنقل فيه من استحقاق الحضانة فكذا هذا، وهذا القدر محل اتفاق بين الفقهاء(١).

---

(١) البدائع ٤٥/٤، التاج والإكليل ٢١٧/٤، ٢١٨، الحاوى ٥٠٤/١١، المدونة ٣٥٨/٣، المغنى ٦١٨/٧، الكافى ٣٨٧/٣، منحة الخالق ١٨٧/٤.

غير أنهم اختلفوا فى حد القرب والبعد:

فمنهم من حد القرب بأنه الذى يقدر فيه الأب على أن يزور ولده ويعود إلى منزله قبل الليل، أو بحيث يراهم ويرونه كل يوم[١] لأن البعد الذى يمنعه من رؤيتهم يمنعه من تأديبهم وتعليمهم، ومنهم من يحده بستة برد[٢] ومنهم من يحده بالبريد فما زاد عليه فهو فى حد البعد أو هو بحيث يبلغ الأولياء خبر المحضون[٣]، ومنهم من يحد القريب بمسافة القصر.

فإن كانت المسافة لا تقصر فى مثلها الصلاة لا تمنع المرأة من السفر به ولا يسقط حقها فى حضانته كما لا يسقط حقها إذا كان المسافر لهذه المسافة هو الأب أو من له الحضانة من الأولياء[٤].

---

(١) ذهب إلى ذلك الحنفية والحنابلة فى المذهب، يراجع البدائع ٤٥/٤، المغنى ٦١٨/٧،البحر الرائق ١٨٧/٤.

(٢) البريد هو المسافة " وهو أربعة فراسخ، والفرسخ ثلاثة أميال والميل ستة آلاف ذراع وقيل أربعة آلاف وقيل ثلاثة آلاف وخمسمائة ذراع، وقيل البريد فرسخان فعلى الأول يكون اثنان وعشرون كيلو متر وعلى الثانى أحد عشر كيلو متر. المقادير الشرعية للكردى ص ٢٨٦، المعجم الكبير حرف الباء ص ٢١٠.

(٣) ينقل هذين القولين عن المالكية. يراجع التاج والإكليل ٢١٨/٤، المدونة ٣٥٨/٢.

(٤) ذهب إلى ذلك الشافعية وهو قول القاضى من الحنابلة وبعض المالكية.يراجع ــ الحاوى ٥٠٤/١١، المغنى ٦١٨/٧، الكافى ٣٨٧/٣، التاج والإكليل ٢١٧/٤، تكملة المجموع ٢٤٠/٢٠.

الترجيح:

بعد أن ذكرنا أقوال الفقهاء فى تحديد الفرق بين المسافة البعيدة والقريبة نجد أن مرجع هذه الأقوال هو الاجتهاد إذ ليس فى ذلك شئ يرجع إليه فى الكتاب والسنة وإنما هو الاجتهاد فقط.

وعلى هذا فالمعتبر فى ذلك هو نفى الضرر عن الأم ـ أو من تستحق الحضانة غيرها ـ وكذلك نفى الضرر عن الأب أو أحد الأولياء المستحقين للحضانة غيره لقوله تعالى : ﴿ **لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده** ﴾ [1] غير أنى أرى أن أقربها وأولاها بالقبول هو ما ذهب إليه الحنفية، لأن الأب إذا قدر على زيارة ولده ثم يعود فى نفس اليوم فليس هناك ضرر يلحق به وإذا انتفى الضرر لم يمنع أحدهما من السفر بالمحضون.

---

(١) بعض الآية ٢٢٣ من سورة البقرة .

المطلب الثانى

المسافة البعيدة

إذا كانت المسافة بعيدة، سواء قلنا بأنها ستة برد أو مسافة القصر، أو غير ذلك فإما أن يكون المسافر بالمحضون هو الأب أو أحد الأولياء، وإما أن يكون الأم أو من يستحق الحضانة من النساء غيرها، وإما أن يسافرا جميعا إلى بلد واحد أو لا؟

<u>سفر الأب :</u>

إذا كان من يريد السفر هو الأب فقد اختلف الفقهاء فى سقوط حضانة الأم أو من يستحق الحضانة من النساء على قولين:-

<u>القول الأول:</u> ذهب الحنفية[1] والظاهرية [2].

أ- إلى عدم سقوط حضانة المرأة بذلك ـ سواء كان سفره سفر نقلة أو سفر تجارة ونحوه وسواء كان المسافر هو الأب أو غيره من الأولياء، وعلى هذا فإن الولد يظل فى حضانة المرأة ولا ينزع منها [3].

ودليلهم على ذلك:-

ب- أن الأم ـ ومن فى حكمها من النساء ـ أحق بالحضانة منه فلا يملك انتزاعه من يدها لما فى ذلك من إبطال حقها.

---

(١) البدائع ٤/٤٤، البحر الرائق ومنحة الخالق ٤/١٨٧.

(٢) المحلى ١٠/٣٢٣، ٣٢٥.

(٣) هذا إذا كانت حضانة الأم باقية، أما إذا منع منها مانع كزواجها مثلا فإن له السفر به لأن المنع كان للأضرار بها بإبطال حقها فى الحضانة، فإذا بطل حقها زال المانع من السفر ـ البحر الرايق ٤/١٨٨.

ج- أن الأب لو كان مقيما لما كان له نزع الولد من يدها ففي حال سفره من باب أولى.

د - إنه لم يأت نص قرآن ولا سنة بسقوط حضانة الأم من أجل رحيل الأب فهو شرع باطل ممن قال به وسوء نظر للصغير وإضرار به في تكليفه الحل والترحال والإزالة عن الأم أو من يقوم مقامها وهو ظلم لا خفاء فيه.

القول الثاني:- وهو للمالكية والشافعية والحنابلة(1).

حيث ذهبوا إلى التفريق بين سفر النقلة، وسفر الحاجة، فإن كان سفره لحاجة إذا نجزت عاد.

فالمقيم منهما أحق بحضانة الولد، سواء كان المقيم هو الأم أو الأب(2).

وذلك لأن المقام أودع والسفر أخطر، كما أنه لا حظ للولد في حمله ورده ولأن ما فيه إضرار بالولد ظاهر المنع ولا شك أن السفر فيه إضرار به فكان ممنوعا من السفر به.

أما إن كان سفره نقلة بحيث كان خروجه من البلد إلى بلد آخر بهدف الاستيطان والسكنى في البلد الآخر، والمسافة بين البلدين بعيدة.

---

(1) المدونة الكبرى ٣٥٨/٢، المدنى على كنون ٢٦٤/٤، المهذب ١٧٢/٢، الحاوى ٥٠٤/١١، تكمله المجموع ٢٣٩/٢٠، المغنى ٦١٨/٧، الكافى لابن قدامة ٣٨٧/٣.

(2) يلاحظ أن غير الأم ممن له الحضانة من النساء يقوم مقامها عند غير الحنفية وأن غير الأب من أولياء الولد يقوم مقامه عند عدمهما أو كونهما من غير أهل الحضانة في جميع الأحكام اتفاقا، يراجع منحة الخالق والبحر ١٨٧/٤، المدونة ٣٥٨/٢، الحاوى ٥٢٣/١١، المغنى ٦١٩/٧.

ففى هذه الحالة يكون الأب أحق بحضانة الولد، فيسقط حق المرأة فى الحضانة، وينتزع منها الولد ويدفع إلى أبيه[1] إن كان معه فى كفاية سواء كان الولد فطيما أو رضيعا[2].

وذلك : لأن حفظ نسبه الذى لا يقدر على اكتسابه أولى بالتقديم والاعتبار مما يقدر على اكتسابه من العلوم والأدب، والأب فى العادة هو الذى يقوم بالتأديب وحفظ النسب فإذا لم يكن فى بلده ضاع، ولأن فى الكون مع الأم حضانة ومع الأب حفظ النسب والتأديب وفى الحضانة يقوم غير الأم مقامها وفى حفظ النسب لا يقوم غير الأب مقامه فكان أحق بالحضانة منها.

(١) هذا الحكم عندهم مشروط بأن يكون الطريق آمنا والبلد المنتقل إليه آمنا، وإلا كان المقيم ــ وهو الأم ــ أو من يستحق الحضانة من النساء بعدها ــ أحق بحضانة الولد لأن فى السفر به فى هذه الحالة خطر وضرر به، تكملة المجموع ٢٠/٢٤٠، التاج والإكليل ٤/٢١٨، المهذب ١٧٢/٢،الكافى ٣٨٧/٣، المغنى ٦١٨/٧.

(٢) وبهذا قال الشافعية والمالكية فى المذهب وقال ابن القاسم إذا انتقل لا يأخذ ولده إلا أن يكون فطيما وقال أيضا يأخذه إن كان رضيعا إذا كان يقبل غير أمه كما شرط المالكية أن لا ينتقل به الأب إلى البادية ويراد بهم أهل العمود إذ لا قرار لهم والا يعلم أنه أراد الضرر بالأم، يراجع حاشية المدنى على كنون ٢٦٤/٤، التاج والإكليل ٢١٧/٤، الحاوى الكبير ٥٢٣/١١، حاشية الشيخ عميرة على شرح المحلى ٩٢/٤.

الترجيح :

بعد أن ذكرنا القولين وما أمكن الاستدلال به لكل قول أجدنى أميل إلى قول الحنفية والظاهرية القائلين بعدم إبطال حق الأم أو من يقوم مقامها من النساء عند عدمها ــ بسفر الأب ولو كان سفره للنقلة واستيطان بلد آخر، إذ لو جاز للأب أو لغيره من الأولياء اسقاط حضانة الأم بالسفر والانتقال، لكان ذلك بابا للأولياء يلجون منه عندما يريدون اسقاط حق النساء فى الحضانة لذلك وجدنا المالكية رغم قولهم بسقوط حضانة الأم بسفر الولى البعيد يشترطون عدم العلم بارادة الضرر بالأم، غير أن ذلك أمر غيبى لا يمكن الاطلاع عليه إذ مرجع ذلك هو نية الأب أو غيره من الأولياء والنيات لا يعلمها إلا الله.

ثم إن أصحاب القول الثانى لم يسقطوا حق الأم فى الحضانة إذا كان السفر قريبا والمسافة التى ذكروها للتفريق بين البعد والقرب رغم اختلافهم فيها فجميعها لا يعد مسافة بعيدة اليوم إذ هذه المسافة وأضعافها يمكن قطعها فى هذه الأيام فى وقت قليل.

ثم إن حق الأم فى الحضانة ثابت بالسنة الصحيحة وهى حديث " أنت أحق به ما لم تنكحى ".

فلا يسقط هذا الحق الثابت بالسنة الصحيحة بأمر محتمل وهو حق الأب فى حفظ نسب الولد وتأديبه، فالأم يمكنها أن تقوم بتأديبه وتعليمه كما أنها مؤتمنة على نسبة فلا ينزع منها بسفر الأب أو الأولياء.

عود الحضانة بالعود من السفر:

إذا عاد الأب من سفر النقلة بالولد إلى محله رجع حق الأم في حضانته لزوال المانع[1].

٢- سفر المرأة :

إذا سافرت الأم أو من يقوم مقامها ممن لهم الحق فى الحضانة من النساء عند موتها أو سقوط حضانتها، فهل تظل على حقها فى الحضانة أم يسقط ذلك الحق وينزع الولد منها ويدفع إلى من يستحق الحضانة بعدها؟

وللإجابة على ذلك نقول :

إذا كانت المرأة منقضية العدة فلها أن تسافر وتنتقل من بلد إلى آخر وليس للزوج أن يمنعها من ذلك إذ بانقضاء العدة لا سبيل له عليه ولا خلاف فى ذلك.

لكن الفقهاء اختلفوا فى سقوط حضانتها بالسفر على ثلاثة أقوال :

القول الأول: ذهب الحنفية [2]:

إلى أن سفر المرأة على أقسام فإما أن يكون سفرها إلى مصر وأما أن يكون إلى قرية.

الأول: إن كان سفرها إلى مصر فذلك على أوجه:-

---

(١) يراجع مواهب الجليل ٢١٨/٤، قليوبى على شرح المحلى ٩٢/٤، المغنى ٦١٩/٧.

(٢) البدائع ٤٤/٤، ٤٥، البحر الرائق ومعه منحة الخالق ١٨٦/٤، ١٨٧، العناية وفتح القدير على الهداية ٣٧٥/٤، وما بعدها.

١- أن تخرج إلى بلدها وقد وقع النكاح فيه فلها ذلك ولا تسقط حضانتها، لأن المانع هو ضرر التفريق بينه وبين ولده وقد رضى به لوجود دليل الرضا وهو التزوج بها فى بلدها، لأن من تزوج امرأة فى بلدها فالظاهر أنه يقيم فيه، والولد من ثمرات النكاح فكان راضيا بحضانة الولد فى ذلك البلد، فكان راضيا بالتفريق إلا أنه عند قيام النكاح يلزمها اتباع الزوج، فإذا زال فقد زال المانع.

٢- أن يقع النكاح فى غير بلدها ففى هذه الحالة لا يجوز لها الانتقال بولدها إلى بلدها، فإن انتقلت سقطت حضانتها لأنه إذا لم يقع النكاح فى بلدها لم توجد دلالة الرضا بالمقام فى بلدها فلم يكن راضيا بحضانة الولد فيه فلم يكن راضيا بضرر التفريق.

٣- أن تنتقل إلى بلد ليس ببلدها ولكن وقع النكاح فيه فليس لها ذلك[1]، لأن ذلك ليس ببلدها ولا بلد الزوج بل هو دار غربة لها كالبلد الذى فيه الزوج فلم يكن النكاح فيه دليل الرضا بالمقام فيه فلم يكن راضيا بحضانة الولد الذى هو من ثمرات النكاح فيه فلم يكن راضيا بضرر التفريق.

---

(١) ويرى أبو يوسف أن لها ذلك، لأن العبرة بمكان العقد فقط وإليه ذهب الطحاوى والخصاف، البدائع ٤/٤٤، البحر الرائق ٤/١٨٦.

الثانى : أن تسافر به إلى قرية:

إن كان الأب متوطنا فى مصر فإرادت نقل الولد إلى القرية فذلك على وجوه:-

١- إن كان قد تزوجها فيها وهى قريتها كان لها ذلك، كما فى المصر وقد سبق دليله.

٢- وإن لم تكن قريتها وكانت قرية زوجها ووقع فيها أصل النكاح فلها ذلك.

٣- وإن لم يقع فيها أصل النكاح فليس لها ذلك، لأن أخلاق أهل السواد لا تكون مثل أخلاق أهل المصر بل تكون أجفى فيتخلق الصبى بأخلاقهم فيتضرر به ولم يوجد من الأب دليل الرضا بهذا الضرر إذ لم يقع أصل النكاح فى القرية.

مما سبق يتبين لنا أن الحنفية يجيزون لها السفر ولا يسقطون حضانتها إذا كان انتقالها إلى مصر هو بلدها وقد وقع النكاح فيه.

كما يجيزون لها ذلك إذا كان انتقالها إلى قرية هى قريتها أو قرية زوجها ما دام قد وقع عقد النكاح فيها ولا يجيزون لها السفر فى غير ذلك فإن سافرت سقطت حضانتها[١].

(١) هذا عندهم خاص بالأم فقط، فلو ماتت الأم وصارت الحضانة للجدة فليس لها ان تنتقل إلى مصرها بالولد لأنه لم يكن بينهما عقد، لأن العقد على الزوجة فى وطنها دليل الرضا بإقامتها بالولد فيه ولا عقد بينه وبين الجدة، وغير الجدة كالجدة فى هذا. البحر الرائق ١٨٧/٤، حاشية ابن عابدين ٦٤٣/٢.

القول الثانى: وبه قال المالكية والشافعية والحنابلة[1].

أن سفر الأم البعيد يسقط حقها فى الحضانة، فإذا عزمت على سفر بعيد سواء كان سفر نقلة أو سفر حاجة[2]، فإنه يسقط حقها فى الحضانة فينزع الولد منها وتنتقل حضانته إلى مستحق الحضانة بعدها، وسواء كان انتقالها إلى بلدها أو بلده وسواء كان الطريق مخوفا[3] أو كان أمنا، لأن حفظ نسب الولد مختص بأبيه دون أمه وهو أولى بمصالحه لثبوت التوارث به.

القول الثالث: وذهب إليه الزيدية[4].

إن للأم أن تنقله إلى مقرها أينما كان لأن حقها فى حضانته ثبت نصا بقوله ﷺ " أنت أحق به ما لم تنكحى " فلا يبطل بسفر ولا غيره إلا بنص، ولم يوجد فبقى حقها فى الحضانة وإن انتقلت به إلى بلد آخر سيما إذا كان عليها ضرر فى بقائها فى غير مقرها.

---

(١) المدونة ٣٥٨/٢، التاج والإكليل ٢١٧/٤، الحاوى ٥٢٣/١١، قليوبى وعميرة ٩٢/٤، المغنى ٦١٨/٧، مجموع فتاوى ابن تيمية ١٠٧/٣٤.

(٢) سبق أن ذكرنا أن سفر الحاجة يجعل المقيم منهما أحق بالحضانة من المسافر، فإذا كانت المسافرة هى الأم كما فى هذه المسألة فالأب أو من يستحق الحضانة بعده من الأولياء أحق بحضانة الولد . يراجع صـــ.

(٣) فإذا كان الطرق مخوفا أو البلد الذى تسافر إليه مخوفا فذلك أدعى أن ينزع منها الولد، لأن فى السفر به خطرا به فإذا منع الأب من السفر به لخوف الطريق منعت الأم من باب أولى.

(٤) السيل الجرار ٤٤٠/٢، ٤٤٢،البحر الزخار ٣٨٥/٤.

الترجيح:

بعد أن ذكرنا الأقوال وما يمكن أن يستدل به لكل منها فإنى أميل إلى ترجيح ما ذهب إليه الزيدية من أن لها أن تنقله إلى مقرها أينما كان لا فرق بين أن تنقله إلى بلد أو إلى قرية، أن يكون حدث فيه عقد النكاح أو لم يحدث، ولا ينزع منها الطفل ولا تسقط حضانتها بالسفر والانتقال، لأن حقها فى الحضانة ثابت بالنص فلا يسقط إلا بنص، ولم يأت نص يفيد سقوط حقها فى الحضانة بالسفر فبطل القول به.

ثم إن فى بقائها فى غير مقرها ضرر بها ورفع الضرر عنها واجب لحديث " لا ضرر ولا ضرار"(١).

ولا يرفع عنها الضرر إلا بإباحة السفر لها مع ولدها، وفى نزع الولد منها أشد الضرر، وهو مدفوع، ثم إن الحواضن الأجنبيات فى عهد النبى ﷺ وعهد الصحابة كن ينقلن الأطفال المدفوعين إليهن للرضاع إلى مساكنهن وفى قومهن، ومن جملة من وقع له ذلك رسول الله ﷺ حيث نقلته حليمة عندما استرضعت له إلى دار قومها، وإذا جاز ذلك للأجنبيات مع عدم ثبوت الحق لهن فكيف لا يجوز للأمهات ومن يلتحق بهن مع ثبوت الحق لهن؟

---

(١) الحديث رواه مالك فى الموطأ رقم ١٥٠٠ وابن حجر فى بلوغ المرام بشرح الصنعانى ، سبل السلام ٨٤/٣.

٣- سفرهما جميعا:

إذا سافرت الأم والأب بالمحضون فإما أن تكون وجهتهما واحدة أو أن تكون مختلفة.

أ- إن كانت وجهتهما واحدة بأن سافروا جميعا إلى بلد واحد وفى طريق واحد فإن الأم تظل على حقها فى حضانة الطفل ولا ينزع منها، لثبوت حقها فيها بالنص، ولأن المانع من السفر عند من يقولون تمنع من نقله معها هو تعرض الطفل لخطر السفر، وما يلحقه فيه من ضرر ثابت لدى الطرفين فكانت الأم أولى بحضانته بمالها من حق ثابت فيها.

ب- أما إن كانت وجهتها مختلفة طريقا ومقصدا فالأم أيضا أولى بحضانته من الأب[1]، لوجود السفر من كل منهما فليس أحدهما بأولى من الآخر، ولكن لما كان حقها فى الحضانة ثابتا نصا فإنها تكون أولى بالولد لذلك، ما لم يكن طريقها غير مأمون أو فيه إضاعة للولد فيقدم الأب عليها لرفع الضرر الذى يمكن أن يلحق الولد.

(١) حاشية المدنى على كنون ٢٦٤/٤، قليوبى على شرح المحلى على منهاج الطالبين ٩٢/٤، المغنى ٦١٨/٧، ٦١٩. الكافى ٣٨٣/٣.

المطلب الثالث

عود الحضانة بالعود من السفر

إذا قلنا برأى المالكية والشافعية والحنابلة بسقوط حق الأم فى الحضانة لسفرها أو لسفر الأب البعيد، أو بقول الحنفية " بسقوط حقها إذا كان السفر إلى بلد غير بلدها أو غير البلد الذى تم فيه عقد النكاح، أو لسفرها من المصر إلى القرية فهل يعود حقها فى حضانة الولد؟

اختلف الفقهاء فى ذلك:

فعند المالكية [1]:

إن كان سفرها اختيارا لم يعد إليها حق الحضانة لرضاها بإسقاطها.

أما إن كان سفرها اضطرارا فمتى عادت عاد حقها فى الحضانة لأن السفر فى هذه الحالة لا يدل على رضاها بسقوط الحضانة.

أما الجمهور [2] ممن يقولون بسقوط الحضانة بالسفر فإنهم يقولون بعودها من السفر أو بعود الأب بالولد يعود إليها حقها فى حضانته لزوال المانع.

---

(١) مواهب الجليل ٢١٨/٤، حاشية المدنى على كنون ٢٦٨/٤.

(٢) حاشية قليوبى على شرح المحلى ٩٢/٤، المغنى ٦١٩/٧، تكملة المجموع للمطيعى ٢٤٠/٢٠.

المطلب الرابع

الاختلاف فى نوع السفر

سبق أن ذكرنا أن المالكية والشافعية والحنابلة يفرقون بين سفر النقلة فيسقطون به حق الأم فى الحضانة وسفر الحاجة فلا يسقطون حقها به إذا كان المسافر هو الأب فما الحكم إذا اختلفا فى نوع السفر فقالت الأم يسافر لحاجة فأنا أحق بالولد، وقال الأب أسافر نقلة فأنا أحق بالولد؟

يرى البعض(١) أن القول للأب بلا يمين لأنه أعرف بنيته، ويرى البعض(٢) التفريق بين المأمون وغيره فإن كان الأب مأمونا قبل قوله بلا يمين، وإن كان متهما قبل قوله بيمين، فإن رد عليها اليمين حلفت وأمسكت الولد.

---

(١) ذهب إلى ذلك المالكية فى المذهب والشافعية، يراجع التاج والإكليل ٢١٧/٤، قليوبى ٩٢/٤،الحاوى ٥٢٣/١١.

(٢) ذهب إلى ذلك بعض المالكية ، يراجع التاج ٢١٧/٤.

الفصل الثانى

المستحقين للحضانة

إذا افترق الزوجان بالموت أو بالطلاق وبينهما ولد وتنازع أقربائه فى حضانته فلا يخلوا حالهم من ثلاث:

١- أن يكونوا نساء فقط.

٢- أن يكونوا رجالا فقط.

٣- أن يكونوا رجالا ونساء.

ولكل واحد من هذه الثلاثة ما يخصه من أحكام لــذا فإننــا سنبين هذه الأحكام فى ثلاثة مباحث:

المبحث الأول

انفراد النساء بالحضانة

إذا اجتمع أقرباء المحضون وكن نساء فقط لا رجل معهن وهن ذوات رحم محرم[1] منه وهن يصلحن لحضانته فمن أولاهن بها، وما هى غاية حضانة النساء، هذا ما سنبينه فى هذين المطلبين

المطلب الأول

مراتبهن فى الحضانة

إذا اجتمع النساء وتنازعن فى حضانة صبى فأولاهن بها هى الأم لا يقدم عليها أحد، على هذا أجمع أهل العلم[2].

<u>ودليل ذلك ما يلى:</u>

أ- روى عن عبد الله بن عمرو بن العاص أن امرأة قالت يا رسول الله إن أبنى هذا كان بطنى له وعاء وثدى له سقاء

(١) أما إن كن ذوات رحم غير محرم كبنت العم والعمة وبنت الخال والخالة فلا حضانة لهن، وكذلك إن كن محرمات لكنهن لسن من ذوات الرحم كالمحرمات بالمصاهرة أو الرضاع إذ مبنى الحضانة على الشفقة والرحم المحرم هى المختصة بالشفقة. البدائع ٤١/٤، ابن عابدين ٦٣٣/٢،الفواكه الدوانى ١٠٢/٢، المدنى على كنون ٢٤٩/٤.

(٢) حكى هذا الإجماع الشوكانى وابن رشد يراجع، المصادر السابقة، المبسوط ٢٠٧/٥، حاشية الرهونى ٣٥٧/٤، المهذب ١٦٩/٢، التكملة الثانية للمجموع ٢٢٦/٢٠، المغنى ٦١٣/٧، ٦١٤، المحلى ٣٢٣/١٠، السيل الجرار ٤٣٦/٢، نيل الأوطار ٣٢٩/٦، شرح الكنز وحاشية الطائى ١٨٤/١، شرح منتهى الارادات ٢٦٣/٣، فتح القدير ٣٦٧/٤.

وحجرى له حواء[1] وإن أباه طلقنى وأراد أن ينزعه منى فقال رسول الله ﷺ " أنت أحق به ما لم تنكحى"[2].

دل الحديث على أن الأم أحق بالحضانة، ولو كان المنازع لها هو الأب، حيث قدم حقها على حقه وإذا قدم حقها على حق الأب فإنها تقدم على من دونه من النساء والرجال.

ب- روى عن سعيد بن المسيب أن عمر طلق أم عاصم ثم أتى عليها وفى حجرها عاصم فأراد أن يأخذه منها فتجاذباه بينهما حتى بكى الغلام فانطلقا إلى أبى بكر فقال له أبو بكر يا عمر مسحها وريحها خير له منك حتى يشب الصبى فيختار لنفسه"[3].

فهذا أبو بكر يقضى على عمر بأحقية الأم فى حضانة ولدها والصحابة يومئذ كثير ولم يوجد منهم من أنكر على أبى بكر، ولم يخالف عمر أيضا فكان ذلك إجماعا منهم على تقديم الأم فى الحضانة على غيرها.

٣- إن الأم أقرب إلى الولد وعليه أشفق وهى بتربيته أخبر وعلى التشاغل به أصبر فكانت أولى به من غيرها.

---

(١) الوعاء بفتح الواو، والمد وقد يضم الظرف، والحواء بكسر الحاء والمد اسم لكل شئ يحوى غيره أى يجمعه والسقاء بكسر السين ما يسقى منه، أى يسقى منه اللبن، النظم المستعذب ١٦٩/٢، مختار الصحاح صـ ٧٢٩، نيل الأوطار ٣٢٩/٦.

(٢) الحديث سبق تخريجه.

(٣) سبق تخريجه.

٢- الجدات من جهة الأم:

إذا عدمت الأم أو كانت من غير أهل الحضانة فقد ذهب الجمهور من أهل العلم[١] إلى أن الحق فى حضانة الطفل بعدها ينتقل إلى أمهاتها ــ جدات المحضون لأمه[٢] ، وإن علون ــ تقدم منهن الأقرب فالأقرب بشرط أن يكن من أهل الحضانة[٣].

فإذا كانت أم الأم ــ جدة المحضون ــ من أهل الحضانة قدمت على غيرها، أما إن كانت غير أهل لها انتقل الحق إلى من يليها لأن البعيدة لاحق لها إلا عند عدم أهلية القريبة.

وعلى هذا فتقدم الجدة التى من جهة الأم على الجدة التى من جهة الأب ولا خلاف فى هذا إلا رواية عن الإمام أحمد[٤] حيث قال بتقديم

---

(١) ذهب إلى ذلك الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة فى المذهب والظاهرية والزيدية، يراجع البدائع ٤١/٤، المبسوط ٢١٠/٥، حاشية الدسوقى ٥٢٧/٢، الفواكه الدوانى ١٠٢/٢، الحاوى الكبير ٥١٢/١١، تكملة المجموع ٢٢٦/٢٠، الكافى لابن قدامة ٣٨١/٣، المحلى ٣٢٣/١٠، ٣٢٤، البحر الزخار ٢٨٧/٤، الهداية مع فتح القدير ٣٦٩/٤.

(٢) يرى الحنفية والشافعية أن الجدات من قبل أبى الأم يتأخرن أولا حق لهن فى الحضانة لضعف قرابتهن ولا دلائهن بذكر، أما الحنابلة فلا فرق بين أن تدلى بذكر أو بأنثى، المهم أن تكون جدة للمحضون من قبل أمه وكذلك قال المالكية لكن إن اجتمعا قدمت أم أمها على أم أبيها، المصادر السابقة.

(٣) سبق أن بينا شروط استحقاق الحضانة تفصيلا ، غير أن الحنفية والمالكية يسقطون حضانة الجدة إن سكنت مع الأم التى سقطت حضانتها بالزواج أو غيره فى منزل واحد فيشترط لاستحقاق الجدة الحضانة عندهم ــ أن تنفرد بالسكنى عن الأم التى سقطت حضانتها، يراجع البحر الرائق ١٨٣/٤، حاشية الرهونى ٢٥١/٤، حاشية الدسوقى ٥٢٧/٢.

(٤) المغنى ٦٢١/٧، الكافى لابن قدامة ٣٨١/٣.

الجدات من قبل الأب عليهن، إذ إنهن يدلين بعصبة مع مساوتهن للجـدات من قبل الأم فى الولادة فكن أولى بالتقديم.

أما دليل الجمهور على تقديم الجدات من جهة الأم مطلقا فـــهو أن الحضانة ولاية وهى مستفادة من قبل الأم فكل من يدلى بقرابة الأم يكـون أولى بها، ثم إن الجدة من جهة الأم تشارك الأم فى الولادة، وهى أكـــثر شفقة على ولد ابنتها من غيرها فقدمت فى استحقاق الحضانة لذلك.

وأما دليلهم على تقديمهن على الجدات من جهة الأب فهو:

أ- أن الولادة فيهن متحققة وفى أمهات الأب لأجل الأب مظنونة.

ب- أنهن أقوى ميراثا من أمهات الأب لأنهن لا يسقطن بالأب وتسقط أمهات الأب بالأم.

جـ- أنها تدلى بالأم ـــ وهى مقدمة على الأب، فوجب تقديمـــها كتقديـم الأم على الأب.

ويرى الشوكانى[1] أن الخالة تقدم على أم الأم مســـتدلا بحديـث (الخالة أم) فقد جعل الخالة فى الحضانة بمنزلة الأم وقد ثبت بالإجماع أن الأم أقدم الحواضن فمقتضى التشبيه أن تكون الخالة أقدم من غيرها مـــن أمهات الأم ولأن رسول الله ﷺ قاله عند وقوع التخاصم فى الحضانة فدل على أن الخالة مقدمة على غيرها من النساء إذ هى بمنزلة الأم.

(١) السيل الجرار ٤٣٨/٢، نيل الأوطار ٣٢٨/٦.

الترجيح:

بعد أن ذكرنا خلاف الشوكانى لجمهور أهل العلم حيث قدم الخالة على الجدات من قبل الأم مطلقا بحديث (الخالة أم ـ وفى رواية فإن الخالة والدة) فإنى أميل إلى ترجيح ما ذهب إليه الجمهور من تقديم الجدة التى من جهة الأم على الخالة لأن الجدة ـ أم الأم ـ أقرب إلى المحضون من الخالة، فقدمت عليها، وأما حديث الخالة أم فيحتمل أن يكون المراد به أنها أم، أو كالأم عند عدم وجود أم الأم أو عدم وجود المنازع لها فى الحضانة، ودليل ذلك أن أكثر الروايات التى ورد فيها هذا التشبيه جاءت فى قصة ابنة حمزة وتنازع على وجعفر وزيد فيها مما يدل على أن الجدة للأم كانت معدومة.

أو يقال أن هذا التشبيه غير مراد الظاهر، لأن ظاهر الحديث يوحى بان الخالة أولى من الأب ومن أم الأم، لأن الأم أولى منهما، لكن قيل أن الأب أقدم من الخالة بالإجماع[1] وإذا ترك العمل بظاهر الحديث فى حق الأب ترك العمل بظاهره فى حق أم الأم.

كما أنى أميل إلى ترجيح رأى الجمهور بتقديم الجدات من قبل الأم على الجدات من قبل الأب لما ذكروه من أدلة، ولانهن يقمن مقام الأم فى ذلك لمشاركتهن للأم فى الولادة، ولما كانت الأم مقدمة فى الحضانة على الأب كان من يدلى بها مقدم على من يدلى بالأب.

---

(١) حكى هذا الإجماع الصنعانى فى سبل السلام ٢٢٩/٣، كما ذكره الشوكانى فى نيل الأوطار ٣٢٨/٦، لكنه نازع فى حدوثه وحكى الخلاف فى ذلك عن الاصطخرى الشافعى.

ولأن أبا بكر الصديق ﷺ قضى بعاصم بن عمر لجدته أم أمـــه[1] وقد كان المنازع لها هو عمر بن الخطاب وهو أب الصبى وكان ذلك فى محضر من الصحابة ولم ينكر عليه أحد، وإذا قضى به للجدة من جهـــة الأم والمنازع لها هو الأب فأولى أن يقضى لها بحضانـــة الطفـــل عنـــد منازعة غيره.

٣- الجدات من جهة الأب :

إذا عدمت الجدات من جهة الأم أو كن من غير أهل للحضانة فمن يقدم بعدهن من النساء فى حضانة الطفل؟ الجـــدات مـــن جهـــة الأب أو الخالات أو الأخوات؟ وللإجابة على ذلك نقول اختلف الفقهاء فيمن يقـــدم من النساء فى حضانة الطفل وحاصل خلافهم كالآتى:-

أ- ذهب المالكية والزيدية[2] إلى تقديم الخالات سواء كن شقيقات أو لأم أو لأب[3] على الجدات من جهة الأب وعلى الأخوات[4].

---

(١) روى مالك عن القاسم بن محمد قال كان عند عمر بن الخطاب أمرأة من الأنصار فولدت لـه عاصم بن عمر ثم إنه فارقها فجاء عمر قباء فوجد ابنه يلعب بفناء المســـجد فـــأخذ بعضـــده فوضعه بين يديه على الدابة فأدركته جدة الغلام فنازعته إياه حتى أتيا أبا بكر الصديق فقـــال عمر ابنى وقالت المرأة ابنى فقال أبو بكر خل بينها وبينه قال فما راجعه عمر. الموطأ بشرح الزرقانى ٧٢/٢، ٧٣، نصب الراية ٢٦٦/٣، ٢٦٧.

(٢) يراجع المدونة الكبرى ٣٥٨/٢، الفواكه الدوانى ١٠٢/٢، السيل الجرار ٤٣٦/٢.

(٣) ويراد بهن خالات المحضون ــ أخوات أمه ــ وعند عدمـــهن يقـــوم مقامـــهن خـــالات أم المحضون، وتقدم الشقيقة على التى للأم وتقدم التى للأم على التى للأب ، المصادر السابقة.

(٤) وعند عدم الخالات تقدم الجدات من جهة الأب على الأخوات.

وقد ذهب إلى تقديم الخالات على الجدات من جهة الأب الشافعى فى القديم وأحمد فى رواية وهو قول زفر من الحنفية[1].

واستدلوا لتقديم الخالات على الجدات من جهة الأب بما يلى:

١- روى عن النبى ﷺ أنه قضى ببنت حمزة لخالتها وقال " إنما الخالة أم " [2] فقد دل الحديث على أن الخالة أم أو بمنزلة الأم، فتقدم على غيرها ممن تتقدم عليهن الأم ولا شك أن الأم تقدم على الجدات فقدمت الخالة عليهن.

وقد بالغ قوم فى العمل بهذا التشبيه حتى إن الشوكانى[3] جعل الخالة مع الأب كالأم معه يثبت بينهما التخيير للصبى والاستهام عليه.

٢- إن الخالة تدلى بالأم، والجدة من جهة الأب تدلى بالأب، والأم مقدمة فى الحضانة على الأب فكذلك يقدم من يدلى بها على من يدلى به.

وكذلك الأخت الشقيقة أو لأم تدلى بقرابة الأم واستحقاق الحضانة باعتبار قرابة الأم فقد من على الجدات من جهة الأب.

ب – وذهب الحنفية والشافعية فى الجديد والحنابلة فى المذهب[4] إلى تقديم الجدات من جهة الأب على الخالة وعلى الأخوات.

---

(١) إلا أنهم يقدمون الأخوات على الخالات كما سيأتى فتكون الجدات من جهة الأب بعد الأخوات وبعد الخالات، يراجع المهذب ١٦٩/٢، المغنى ٦٢٠/٧، المبسوط ٢١٠/٥.

(٢) سبق تخريجه.

(٣) السيل الجرار ٤٣٨/٢.

(٤) البدائع ٤١/٤، البحر الرائق ١٨٢/٤، الحاوى ٥١٣/١١ ، ٥١٤، المغنى ٦٢٠/٧،المبسوط ٢١٠/٥،الهداية مع فتح القدير ٣٦٩/٤.

وعلى هذا فإن حضانة الطفل عند عدم الجدات لأم، لجدته من جهة أبيه ــ أم الأب ــ ثم لأمهاتها وإن علون، ثم تنتقل إلى أم الجد ثم أمهاتها وإن علون[1].

وقد استدلوا لذلك بما يلى:

١- إن أم الأب جدة وارثة ــ إذ يثبت ميراثها مع الأبناء والخالة لا ميراث لها فقدمت الجدة عليها.

٢- إن أم الأب لها ولادة ووراثة فأشبهت الجدة للأم وهى مقدمة على الخالة فكذا هذه.

٣- إنها أشفق على المحضون منهن باعتبار الولاد فقدمت عليهن.

٤- إن الجدة أم فى نفسها كأم الأم، والأم مقدمة على غيرها فى الحضانة.

<u>الترجيح:</u>

بعد أن ذكرنا الآراء والأدلة فإننى أميل إلى ترجيح القول الثانى القائل بتقديم الجدات من جهة الأب على الخالات وعلى الأخوات لما استدلوا به ولما يلى:-

١- الحديث الذى استدل به الفريق الأول لا يفيد مدعاهم لأنه يدل على أن للخالة حقا فى الجملة وليس النزاع فيه إنما النزاع فى الترجيح عند الاجتماع وبيان ذلك.

---

(١) وإنما قدمت أم الأب لمباشرتها لولادته ثم تقدم أمهاتها وإن علون، على أم الجد لتقديم الأب على الجد فكان المدلى بالأب أحق من المدلى بالجد ــ الحاوى ٥١٣/١١.

أن قوله ﷺ الخالة أم يحتمل كونه فى ثبوت الحضانة أو غيره إلا أن السياق أفاد إرادة الأول فيبقى أعم من كونه فى ثبوت أصل الحضانة أو كونها أحق بالولد من كل من سواها، ولا دلالة على الثانى والأول متيقن فيثبت فلا يفيد الحكم بكونها أحق من أحد بخصوصه أصلا ممن له حق فى الحضانة، فإذا لم يدل الحديث على أنها أحق من غيرها كان دالا على أن لها حق فى الحضانة كغيرها فلم يثبت به مدعاهم.

٢- أما قولهم إن الخالة تدلى بالأم فيجاب عنه بأنه لا ولادة لها فيقدم عليها من له ولادة كتقديم أم الأم على الخالة، فعلى هذا متى وجدت جدة وارثة فهى أولى ممن هو من غير عمودى النسب بكل حال وإن علت درجتها لفضيلة الولادة والوارثة.

٣- **الأخوات:**

إذا قلنا بترجيح ما ذهب إليه الجمهور من تقديم الجدات من جهة الأب على الأخوات والخالات، فعدمت الجدات وتنازع الخالات والأخوات فى حضانة الصبى فأيهن يقدم؟

اتفق أصحاب هذا القول على تقديم الأخت الشقيقة والأخت لأم على الخالات[1].

ودليلهم على ذلك:

١- أن الأخوات ـ الشقيقات أو لأم ـ راكضن المحضون فى الرحم وشاركنه فى النسب.

---

(١) وتقدم الأخت الشقيقة على الأخت لأم لأنها تدلى بقرابتين ، يراجع البدائع ٤١/٤، البحر الرائق ١٨٢/٤، الحاوى ٥١٤/١١، المغنى ٦٢١/٧.

٢- ثم إنهن قدمن على الخالات فى الميراث فقد من فى الحضانة.

٣- ولأن الخالات يدلين إلى المحضون بأخوة الآباء والأمهات ولا ميراث لهن مع ذى فرض أو عصبة فكان المدلى إلى نفس المحضون ويرثه كالأخوات أقرب وأشفق فكان أولى بالتقديم.

وبعد أن اتفق العلماء على ذلك اختلفوا فى تقديم الأخت لأب على الخالات، حيث ذهب الشافعية والحنابلة وهو رواية عن أبى حنيفة[١] إلى تقديم الأخت لأب كالشقيقة والتى للأم ، وذلك لأن الأخت لأب بنت الأب والخالة بنت الجد فكانت الأخت أقرب فكانت أولى.

وذهب أبى حنيفة فى الرواية الأخرى وهى قول محمد وزفر وبها قال ابن سريح[٢].

إلى تقديم الخالة على الأخت لأب، لأنها تدلى إلى المحضون بالأم أما الأخت لأب فتدلى بالأب فيقدم من يدلى بالأم على من يدلى بالأب.

الترجيح:

والذى أراه راجحاً هو ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة وأبو حنيفة فى الرواية الأولى من القول بتقديم الأخت لأب على الخالة لما ذكروه من

---

(١) غير أن الحنفية وابن سريج والمزنى يقدمون الأخت للأم على الأخت للأب لأن المدلى بالأم أحق من المدلى بالأب، والشافعية والحنابلة يقدمون الأخت للأب على الأخت للأم إذ هى أقوى منها فهى تقوم فى الميراث مقام الأخت الشقيقة إذا عدمت فكذا فى الحضانة ، تراجع المصادر السابقة .

(٢) البدائع ٤١/٤،الحاوى ٥١٤/١١، المغنى ٦٢١/٧.

أدلة، ولوفور الشفقة إذ شفقة الأخت على أختها أو أخيها، ولو كانت من أبيها أكثر من شفقة الخالة على ابن أو بنت أختها، والاعتبار فى التقدم فى باب الحضانة هو توفر شفقة الحاضن على المحضون.

٤- **الخالات:**

مما سبق يتبين لنا أن بعض الفقهاء كالمالكية والزيدية يقدمون الخالات على الجدات من جهة الأب وعلى الأخوات، إلا أن الجمهور يجعلونهن فى حضانة الصبى بعد مرتبة الجدات من جهة الأب وبعد الأخوات سواء كن شقيقات أو لأم اتفاقا أو كن أخوات لأب كما هو الراجح.

وعلى هذا :-

فإذا عدم الأخوات أو كن غير مستحقات للحضانة لفقد أحد الشروط انتقل الحق فى حضانة الطفل إلى الخالات وتقدم الخالة الشقيقة ثم التى للأب ثم التى للأم[١].

ويقدمن على العمات اتفاقا [٢].

(١) وعلى قول المزنى وابن سريج والحنفية تقدم التى للأم على التى للأب ، يراجع الحاوى ٥١٤/١١، المغنى ٦٢٢/٧، البدائع ٤٢/٤.

(٢) أما عند المالكية فلأنهن يقدمن على الجدات من جهة الأب، وعلى الأخوات فمن باب أولى يقدمن على العمات وأما عند الحنفية والشافعية والحنابلة فلأنهن وإن استوين مع العمات فى الدرجة إلا أنهن يدلين إلى المحضون بالأم، وهى أولى بالحضانة من الأب فكذا من يدلى بها، يراجع البدائع ٤٢/٤، الدسوقى والشرح الكبير ٢٥٧/٢، الحاوى ٥١٤/١١، الكافى لابن قدامة ٣٨٢/٣.

العمات :

إذا عدم الخالات أو سقط حقهن فى الحضانة انتقل الحق بعدهـــن إلى العمات لادلائهن بأخوة الأب كإدلاء الخالات بأخوة الأم[١].

فتقدم العمة للأب والأم ثم العمة للأب ثم العمة للأم ، وقيل تقـدم التى للأم على التى للأب كما سبق فى الخالات والأخوات.

---

(١) تراجع المصادر السابقة نفس الصفحات.

المطلب الثانى

غاية حضانة المرأة

إذا قلنا بأن للنساء[1] حق فى حضانة الطفل فهل لذلك غاية ينتهى إليها أم لا؟

ولبيان ذلك كان لابد من التفريق بين ما إذا كان المحضون ذكراً أو أنثى لاختلاف الحكم المترتب على ذلك عند بعض الفقهاء .

أولاً: إذا كان المحضون ذكراً:

إذا كانت الحضانة للنساء والمحضون ذكراً فقد اختلف الفقهاء فى وقت انتهاء حضانتهن له على أربعة أقوال:

القول الأول:

يرى أصحابه أن الغلام إذا بلغ حد الاستغناء عن النساء بأن أكل بنفسه ولبس بنفسه واستنجى بنفسه فإن الأب أو من يقوم مقامه من الأولياء أولى به فينزع من الحاضنة له ــ أما أو غيرها ــ ويدفع إلى الأب ــ أو من يقوم مقامه ــ من غير تخيير للغلام.

(١) هذا إذا نازعهن فيها أحد ممن يستحقون الحضانة، أما عند عدم المنازعة فإن حضانتهن تستمر إلى أن يبلغ الغلام وتتزوج الأنثى، خلافاً للحنفية القائلين أن الأب أو الوصى يجبر على أخذ الولد من أمه، أو من تحضنه من النساء عند استغنائه لأنه أقدر على تأديبه وتعليمه. يراجع حاشية ابن عابدين ٢/٦٤٠، فتح القدير ٤/٣٦٨.

وقدر واحد الاستغناء بسبع سنين[١] ذهب إلى ذلك الحنفية[٢] والهادويـــة[٣] ورواية عن أحمد [٤].

وبليلهم على ذلك ما يلي:

أ- ما روى أن أبا بكر الصديق قضى بعاصم بن عمر لأمه ما لم يشـب أو تتزوج أمه.

فقد جعل حضانته لأمه إلى أن يشب فدل على أنه بعد أن يشـب لا حضانة لها، وقد كان ذلك بمحضر من الصحابة ولم ينكر عليـــه أحـد، فكان ذلك إجماعاً على سقوط حضانة الأم عند بلوغ الغلام حد الاستغناء.

ب - إن الأب مأمور بأن يأمره بالصلاة إذا بلغ ســبع بحديـث " مروا أولادكم بالصلاة لسبع"[٥] وذلك لا يكون إلا إذا كـــان الولـد عنـد الأب.

جـ - إن الغلام إذا استغنى عن أمه احتاج إلى التأديب والتخلــق بأخلاق الرجال واكتساب أسباب العلوم والأب على ذلك أقوم وأقدر، مـع

---

(١) تقديره بسبع هو عين تقديره بأن يأكل ويلبس ويستنجى وحده إذ لا فرق، لأنه إذا بلـغ سـبع أمكنه فعل هذه الأشياء بنفسه ألا ترى إلى ما يروى عن النبى ﷺ أنه قال " مـــروا أولادكـم بالصلاة إذا بلغوا سبعاً" والأمر بها لا يكون إلا بعد القدرة على الطهارة، فإن اختلفا فى بلوغه السبع نظر فإن كان يأكل وحده دفع إلى أبيه وإلا فلا من غير أن يحلف واحــداً منــهما، لأن اليمين للنكول ولا يملك أحدهما إبطال حق الولد فى كونه مع أمه قبل السبع ومع أبيه بعدهـا، انظر: ابن عابدين ٦٤٠/٢، البحر الرائق ١٨٤/٤.

(٢) المبسوط ٢٠٧/٥، البدائع ٤٢/٤.

(٣) سبل السلام ٢٢٨/٣.

(٤) مجموع فتاوى ابن تيمية ١١٢/٣٤، نيل الأوطار ٣٣١/٦.

(٥) أخرجه الترمذى وقال حسن صحيح ـ السنن للترمذى ٤١٦/١، السنن لابى داود ١٣٠/١.

أنه لو ترك فى يد الأم إلى وقت البلوغ لتخلق بـــأخلاق النســاء وتعلــم آدابهن وفى ذلك ضرر عليه، فكان الأب بحضانته أولى .

د- عموم حديث " أنت أحق به ما لم تنكحى" فهو يدل على عـــدم التخيير إذ لو كان الاختيار إلى الصغير ما كانت أحق به.

القول الثانى :

إن الذكر لا يخير ويترك فى حضانة الأم [1] إلى البلـــوغ[2]، فإذا بلغ ارتفعت عنه الحضانة فيذهب حيث يشاء.

ذهب إلى ذلك المالكية وأحمد فى رواية [3] وهو قول ابن حزم[4].

ودليلهم على ذلك:

١- " حديث أنت أحق به ما لم تنكحى" فلو كان التخيير إلى الصبى ما كانت أحق به ما لم تنكح.

٢- إن الغلام لا قول له ولا يعرف حظه وربما اختار من يلعب عنده ويترك تأديبه ويمكنه من شهواته فيؤدى إلى فساده.

---

(١) فإذا كان الغلام فى حضانة أمه لم يمنع من الاختلاف لابيه يعلمه ويأوى لأمه، بمعنى أنـــه لا يبيت إلا عند أمه، وإنما لم يمنع من الاختلاف لأبيه لأن للأب تعليمه وتأديبه وإســلامه، فـــى المكتب والصنائع ، التاج والإكليل ٢١٥/٤.

(٢) والمعتبر فى بلوغه هو السن أو الاحتلام والانبات، كما لا يشترط لرفع الحضانة عنه أن يبلغ رشيداً عاقلاً قادراً على الكسب فى المشهور وقيل يشترط، حاشية الدسوقى ٥٢٦/٢.

(٣) الفواكه للدوانى ١٠١/٢، حاشية الرهونى على شرح الزرقـــانى ٢٥٧/٤، ٢٥٨ ، المدونـــة ٣٥٦/٤، مجموع فتاوى ابن تيمية ١١٣/٣٤.

(٤) المحلى ٣٢٣/١٠، ٣٣١.

٣- إن من لم يبلغ سن السبع لا يخير إذ لا قول له فكذا من فوق السبع لا يخير إذ لا قول له أيضاً لأنه لم يبلغ بعد.

القول الثالث:

ذهب الشافعية وأحمد فى المشهور والزيدية وبه قال شريح وإسحاق[١]. إذا بلغ الذكر حد الاستغناء [٢] عن النساء خير، فيكون مع من اختاره منهما[٣] لكن لا يجبر عليها وإن اختاره، فإن اختار الأم فامتنعت انتقل الحق إلى من بعدها وإن اختار الأب فامتنع انتقل الحق إلى من بعده وإن امتنعا معاً انتقل الاختيار لمن بعدهما إن كان وإلا أجبر

---

(١) الحاوى ٤٩٨/١١، وما بعدها، المهذب ١٧١/٢، فتاوى ابن تيمية ١١٣/٣٤، الكافى لابن قدامة ٣٨٥/٣، ٣٨٦، السيل الجرار ٤٣٧/٢، نيل الأوطار ٣٣١/٦، الأم للشافعى ٩٢/٥، مختصر المزنى ص ٢٣٤.

(٢) وقد رو ذلك بسبع سنين أو ثمان لأنها أول حال أمر الشرع فيها بمخاطبته بالأمر بالصلاة، المغنى ٦١٤/٧.

(٣) فإن اختارهما معا أقرع بينهما لتعذر اجتماعهما على كفالته ولا مزية لأحدهما على الآخر فكان التقديم بالقرعة لحديث استهما عليه، كما يقرع بينهما إن تردد فى الاختيار حتى لا يترك وحده فيضيع، فإن اختار الأم لم يمنع الأب من تعاهد وتعليمه إن كان ذكراً لكن يبيت عند أمه، وإن اختار الأب لا تمنع الأم من زيارته حتى لا يعود على العقوق وقطيعة الرحم، وإن مرض كانت الأم أحق به، وإن كان أنثى فإنها تكون عند من اختارت ليلاً ونهاراً ولا يمنع الآخر من رؤيتها المهذب ١٧١/٢، ١٧٢، المغنى ٦١٥/٧، وما بعدها ، السيل الجرار ٤٣٧/٢، ٤٣٨.

الحاكم من تلزمه نفقته[1] لا فرق فى ذلك بين الأبوين وغيرهمـــا ممـــن يستحقون الحضانة [2].

ودليلهم على ذلك:

أ- روى عن أبى هريرة أن النبى ﷺ خير غلاماً بين أبيه وأمه[3].

وفى رواية أن امرأة جاءت إلى رسول الله ﷺ فقالت: إن زوجـــى يريد أن يذهب بأبنى وقد سقانى من بئر أبى عنبة وقد نفعنى فقال: رسول الله ﷺ استهما عليه فقال زوجها من يحاقنى فى ولدى فقال النبى ﷺ هـــذا أبوك وهذه أمك فخذ بيد أيهما شئت فأخذ بيد أمه فانطلقت به[4].

ففى الحديث دليل على أن الأبوين إذا تنازعا فى ابن لـــهما كـــان الواجب هو تخييره فمن اختاره ذهب به.

ب- إن التخيير إجماع للصحابة فقد روى عن عمر أنه خير غلاماً بين أبويه [5] كما روى أن علياً خير عمارة الجذامى بين أمه وعمه ثم قال لأخ له صغير وهذا أيضاً لو قد بلغ مبلغ هذا خيرته وقال عمارة كنت ابن سبع أو ثمان سنين[6] وهذه قصص فى مظنة الشهرة ولم تنكر.

---

(١) حاشية قليوبى ٩١/٤.

(٢) فإن عدم الأب أو كان من غير أهل الحضانة كان الخيار بين الأم والعصبة، وإن عدمت الأم كان الخيار بين الأب ومن يستحق الحضانة بعدها، الحاوى ٥٢١/١١، المغنى ٥١٦/٧.

(٣) السنن لابى داود ٢٩٢/٢، السنن الكبرى للبيهقى ٣/٨.

(٤) رواه أبو داود فى السنن ٢٩٢/٢، نصب الراية ٢٦٩/٣.

(٥) السنن الكبرى ٤/٨ ، المصنف ١٥٦/٧، نصب الراية ٢٦٩/٣.

(٦) يراجع الأم للشافعى ٩٢/٥، السنن الكبرى ٤/٨، المصنف ١٥٧/٧.

فإذا ثبت التخيير عن عمر وعلى بمحضر من الصحابة من غير أن ينكر ذلك أحد كان هذا إجماعاً من الصحابة على تخيير الغلام ببلوغه حد الاستغناء، وسواء كان المنازع للأم هو الأب أو غيره من العصبة، كما فعل على مع أم عمارة وعمه.

جـ- إن النبى ﷺ قال: مروهم بالصلاة لسبع واضربوهم عليها لعشر".

فقد خالف فى حكمه ما بين قبل السبع وما بعدها فوجب أن يكون حكمه فى الحضانة بعد السبع مخالفاً لحكمه قبلها ولا وجه للمخالفة إلا بالتخيير.

د- إن الأم قدمت فى حال الصغر لحاجته إلى حمله ومباشرة خدمته لأنها أعرف بذلك وأقوم به فإذا استغنى عن ذلك تساوى والداه لقربهما منه فرجح باختياره.

هـ- إن المقصود من الحضانة هو طلب الحظ للولد ومع ظهور تمييزه يكون أعرف بحظه فوجب أن يرجع إلى خياره لأنه عرف من برهما ما يدعوه إلى أن يختار أبرهما به.

وأعلم أن الذى يخير هو من كان مميزاً عاقلاً عقل مثله ليدرك حظ نفسه فى الاختيار، أما المجنون الذى لا يميز بين منافعه ومضاره فلا يخير ويكون مع أمه كحاله فى زمان الصغر[1].

(١) يراجع الحاوى ٥٠١/١١.

الترجيح:

بعد أن ذكرنا أقوال الفقهاء وأدلتهم فإننى أرى أن القول الثالث القائل بتخيير الصبى إذا بلغ حد الاستغناء عن النساء هو الأقوى دليلا لما يلى:

١- صحة حديث التخيير الذى استدلوا به وهو نص فى محل الخلاف، وإذا صح قدم على الرأى إذ لا مجال للرأى عند وجود النص.

٢- فإن قيل إنه معارض بحديث (أنت أحق به ما لم تنكحى) فيجاب عنه بوجهين :

أ- إن حديث ـ أنت أحق به الخ إن كان عاماً فى الأزمنة أو مطلقاً فيها فحديث التخيير يخصصه أو يقيده وبهذا يجمع بين الدليلين.

ب- أو يقال المراد بكونها أحق به فيما قبل السن التى يخير فيها لا فيما بعدها بقرينة حديث التخيير.

٢- ثبوت التخيير عن عمر وعلى وأبى هريرة وهى قصص فى مظنة الشهرة ولم تنكر فصار ذلك إجماعاً فلا تجوز مخالفته.

٣- قول الحنفية إن الأب أدرى بمصالح المعاش وما فيه منفعة الصبى فى حاله ومآله مردود بأن ذلك ممكن مع كون الصبى مع أمه وفى حضانتها، لأن تخييره بين الأبوين لا يمنع الآخر من تأديبه وتعليمه وتقويمه.

٤- قولهم إنه لا حكم لقوله فيجاب، بأن لا حكم لقوله فى الحقوق الواجبة كالإقرار والشهادة، لكن يحكم بقوله فى المصالح وفى الآذان

وقبول الهبة، وقد أمر رسول الله ﷺ عمرو بن سلمة أن يصلى بقومه وهو ابن تسع سنين فتبعه الرجال فى الصلاة[1] فلو لم يكن لقوله حكم ما جاز اتباعه، فكان تخييره فى حق نفسه أولى .

ملاحظة:

بعد أن ذكرنا أن حجة أصحاب القول الثالث هى الأقوى إلا أننى أرى أن الأولى بالعمل هو أن يقال ــ التخيير لا يكون إلا إذا حصلت به مصلحة الولد ــ فلو كانت الأم أصون من الأب أو أغير منه قدمت عليه ولا التفات إلى اختيار الصبى فى هذه الحالة فإنه ضعيف العقل يؤثر البطالة واللعب، فإذا اختار من يساعده على ذلك لا التفات إلى اختياره، وكان عند من هو أنفع له، ولا تحتمل الشريعة غير هذا خاصة إذا قلنا أن حديث التخيير واقعة عين لا عموم فيها، والله يقول: ﴿ قوا أنفسكم وأهليكم نارا ﴾[2] والنبى ﷺ قال " مروهم بالصلاة لسبع واضربوهم عليها لعشر".

فإذا كانت الأم تتركه فى المكتب أو تعلمه القرآن والصبى يؤثر اللعب ومعاشرة أقرانه وأبوه يمكنه من ذلك فإنها أحق به من غير تخيير وكذلك العكس ومما يؤيد ذلك ــ أن حديث التخيير ورد فى بعض طرقه أن النبى ﷺ دعا لذلك الغلام فقال اللهم سدده، فببركة دعاء الرسول ﷺ اختار ما هو أنفع له.

---

(١) رواه أبو داود ١٥٧/١.

(٢) بعض الآية ٦ من سورة التحريم.

٢- إذا كان المحضون أنثى:

كما اختلف الفقهاء فى وقت حضانة النساء بالنسبة للذكر اختلفوا فى وقت حضانتهن بالنسبة للأنثى وحاصل خلافهم يتمثل فى خمسة أقوال:

القول الأول: ذهب الحنفية [(١)]:

إلى التفريق بين ما إذا كان النزاع بين الأب والأم والجدة أو بينه وبين غيرهما من النساء[(٢)].

فإذا كان النزاع بين الأب والأم أو الجدة فهى على حقها فى حضانتها حتى تحيض[(٣)]. أو تبلغ حد الشهوة[(٤)] على المفتى به أو تزوج[(٥)] فإن زوجت أو بلغت حد الشهوة ولو لم تحض سقطت حضانتها، وتسلم إلى أبيها من غير تخيير فى غير المزوجة حيث تستقل بنفسها،

---

(١) المبسوط ٢٠٨/٥، ٢٠٨، البدائع ٤٢/٤، ٤٣ ، رد المحتار ٦٤١/٢، ٦٤٢، البحر الرائق ١٨٤/٤، ١٨٥.

(٢) هذا هو ظاهر الرواية ، وعند محمد وهو المفتى به أن الأم والجدة كغيرهن تترك الأنثى فى حضانتهن إلى أن تشتهى فقط ــ ابن عابدين ٦٤٠/٢.

(٣) ولو اختلفا فى حيضها فالقول للأم لأنه يدعى سقوط حقها وهى تنكر والقول للمنكر فى الشرع وقيل ينبغى أن ينظر إلى سنها فإن بلغت سناً تحيض فيه الأنثى غالباً فالقول له وإلا فلها، رد المحتار ٦٤٠/٢،البحر الرائق ١٨٥/٤.

(٤) اتفقوا على أن بنت احدى عشر مشتهاة وقيل بنت تسع فصاعداً مشتهاة اتفاقاً والأصح أن ذلك ليس له حد مقدر لأنه يختلف باختلاف حال المرأة ، البحر الرائق ١٨٤/٤، رد المحتار ٦٤٠/٢.

(٥) هذا إذا زوجت بعد أن صلحت للرجال أما إن زوجت قبل أن تبلغ ولم تصلح للرجال بعد لم تسقط حضانتها إلا فى رواية عن أبى يوسف إذا كان الزوج يستأنس بها. البحر الرائق ١٨٤/٤، رد المختار ٦٤١/٢.

إلى أبيها من غير تخيير فى غير المزوجة حيث تستقل بنفسها، وإنما فرقوا بينها وبن الذكر فى هذا وكان القياس أن تترك عند الأم إلى البلوغ كما فى الغلام، لأن الحضانة نوع ولاية ولأنها تثبت للأم فلا تنتهى إلا بالبلوغ كولاية الأب فى المال، فإذا استغنيا يكون الأب أحق بهما إلا أن الحنفية تركوا القياس فى الغلام بإجماع الصحابة فبقى الحكم فى الأنثى على أصل القياس.

ولأن الغلام إذا استغنى يحتاج إلى التأديب والتخلق بأخلاق الرجال والأب على ذلك أقوم وأقدر، وهذا المعنى ليس موجوداً فى الأنثى فتترك فى يد الأم بل تمس الحاجة إلى الترك فى يدها إلى وقت البلوغ لحاجتها إلى تعلم آداب النساء والتخلق بأخلاقهن وخدمة البيت ولا يحصل ذلك إلا إذا كانت عند الأم، ثم بعد ما حاضت أو بلغت عند الأم حد الشهوة تقع الحاجة إلى حمايتها وصيانتها وحفظها عمن يطمع فيها لكونها لحماً على وضم فلابد ممن يذب عنها، والرجال على ذلك أقدر ثم إنها إذا بلغت تحتاج إلى التزويج وولاية ذلك إلى الأب.

كما أنها تصير عرضة للفتنة وتكون مطمعاً للرجال، وبالرجال من الغيرة ما ليس للنساء فيتمكن الأب من حفظها على وجه لا تتمكن الأم من ذلك.

أما إن كان المنازع للأب غير الأم والجدة من ذوات الرحم المحرم من النساء كالأخوات والعمات والخالات، بأن كانت الأنثى فى حضانتهن فالحكم فى الأنثى هو الحكم فى الذكر، وهو أن تترك فى أيديهن إلى أن تأكل وحدها وتشرب وحدها وتلبس وحدها ثم تسلم إلى

الأب، لأنها وإن كانت تحتاج بعد الاستغناء إلى تعلم آداب النساء لكن فى تأديبها استخدامها، وولاية الاستخدام غير ثابتة لغير الأمهات من الأخوات والخالات والعمات فلا يحصل المقصود من الحضانة وهى تعليمها وتخليقها بأخلاق النساء بخلاف الأم والجدة فيقدرن على استخدامها شرعا.

وإذا ثبت أن غير الأم والجدة لا يقدرن على استخدامها لم يكن هناك ما يدعوا إلى بقاء حضانتهن بعد أن تبلغ حد الاستغناء فتسلم إلى الأب احترازا عن الوقوع فى المعصية.

القول الثانى :

وإليه ذهب المالكية وأحمد فى رواية وهو قول الليث بن سعد[1] أن الأنثى تترك فى حضانة أمها حتى تبلغ النكاح فإذا بلغت مبلغ النكاح وكانت الأم[2] فى حرز وتحصين ومنعة فهى على حضانتها حتى تنكح[3] وإن بلغت ابنتها ثلاثين أو أربعين سنة ما دامت بكرا,

فإن خيف على البنت فى موضع الأم، ولم تكن الأم فى تحصين ولا منعة أو تكون الأم غير مرضية فى نفسها ضمت البنت إلى أبيها أو

---

(١) حاشية الرهونى على شرح الزرقانى ٢٥٧/٤، ٢٥٨، الفواكه الدوانى ١٠١/٢ ، المدونة الكبرى ٣٥٦/٢، مجموع فتاوى ابن تيمية ١١٣/٣٤.

(٢) يلاحظ أن غير الأم من الجدات والعمات والخالات يقمن مقام الأم عند فقدها أو سقوط حضانتها، يراجع المدونة ٣٥٧/٢، حاشية الرهونىى على الزرقانى ٣٥٨/٤.

(٣) فإن تزوجت بعد البلوغ تسقط حضانة الأم ولا تعود إليها وإن طلقت البنت، أما إن زوجت قبل البلوغ فتسقط حضانتها أيضا لكنها تعود بطلاق البنت. مواهب الجليل ٢١٤/٤.

غيره من الأولياء عند فقده إذا كان فى الموضع الذى تضم إليه كفاية وحرزا.

ودليلهم :

أن للأم حق فى الحضانة بقوله ﷺ " أنت أحق به ما لم تنكحى" فإن كانت فى حرز وتحصين ولا يخش على البنت عندها فهى على حقها لاينزع عنها، لأن النبى ﷺ جعل لها الحق دون غيرها من غير أن يحد ذلك بوقت ولم يسقط عنها هذا الحق إلا إذا نكحت، فما لم تنكح تظل على حقها فى حضانة بنتها أبدا إلى أن تزوج، أما إن كانت فى غير حرز أو تحصين أو كانت هى غير مرضية نزعت البنت منها وتدفع إلى ابنتها لان فى بقاء البنت عندها بعد بلوغها والحال هذا ضرر عليها والضرر مدفوع إذ لا ضرر ولا ضرار.

القول الثالث:

وذهب إليه الشافعية والزيدية[١].

أن الأنثى إذا بلغت حد الاستغناء عن الأم فإنها تخير بين أبويها فتكون مع من تختاره منهما[٢].

---

(١) الحاوى الكبير ٤٩٨/١١، وما بعدها ، المهذب١٧١/٢، قليوبى٩١/٤،السيل الجرار ٤٣٧/٢.

(٢) الأنثى كالذكر فى جميع الأحكام، فحد الاستغناء هو سبع أو ثمان، وأنها إذا ترددت فى الاختيار أو اختارتهما معا فإنه يقرع بينهما، وأنه لا فرق بين أن يكون التنازع بين الأبوين أو بين غيرهما فإن لم يكن أب يكون التخيير بين الأم والمستحق للحضانة بعده من العصبة، وإن لم تكن أم كان التخيير بين الأب أو غيره من العصبة وبين الجدة أو مستحق الحضانة غيرها من النساء، كما أن الحضانة لا يجبر عليها واحد منهما وإن اختاره الصبى فلو اختارت البنت أحدهما فامتنع انتقل الحق إلى من يليه ولا يجبر على قبولها، انظر قول الشافعية فى تخيير الغلام صـ.

وأدلتهم على ذلك هى نفس الأدلة التى ذكروها فـــى تخيـــير الغلام فلا حاجة إلى إعادتها.

القول الرابع:

وذهب إليه الحنابلة فى ظاهر المذهب(١).

أن الأنثى تترك فى حضانة الأم إلى أن تبلغ سبع سنين ثم تنتقـــل حضانتها إلى أبيها ولا تخير.

أ- أما دليل عدم تخييرها فهو أن الشرع لم يرد به فيـــها، ولا يصـــح قياسها على الغلام لأنه لا يحتاج إلى الحفظ والتزويج كحاجتها إلـــى ذلك فروعى جانبها فى ذلك.

ب- أما دليل ضمها إلى أبيها ونزعها من حضانة أمها فهو:-

١- أن الغرض بالحضانة الحفظ والحفظ للبنت بعد السبع فى الكـــون عند أبيها، لأنها تحتاج إلى حفظ والأب أولى بذلك فـــإن الأم تحتـــاج إلى من يحفظها ويصونها.

٢- أن البنت إذا بلغت السبع قاربت الصلاحية للتزويج بدليل تـــزوج النبى ﷺ عائشة وهى ابنة سبع(٢) وإنما تخطب البنت من أبيها لأنـــه وليها والمالك لتزويجها وهو أعلم بالكفاءة وأقدر على البحث فينبغـــى أن يقدم على غيره.

---

(١) فتاوى ابن تيمية ١١٤/٣٤، الكافى لابن قدامة ٣٨٦/٣، المغنى ٦١٦/٧، ٦١٧.

(٢) البداية والنهاية لابن كثير ١٥٧/٢، السنن لابن ماجة ٦٠٤/١، السنن لابى داود ٢٨٥/٤.

القول الخامس: وذهب إليه ابن حزم [1]:

أن الأم على حقها فى حضانة الأنثى إلى أن تبلغ المحيض فإذا بلغت المحيض فهى أملك بنفسها وتسكن حيث أحبت إذا أمنت من الوقوع فى معصية وإلا كان للأب أو غيره من العصبة أو الحاكم منعها من ذلك وأن يسكناها حيث يشرفان على أمورها.

الرأى المختار:

بعد أن ذكرنا الآراء والأدلة فإننى أرى أنه لا يسلم منها قول من نقد وجه إليه فلا أستطيع أن أرجح منها رأى بإطلاقه على آخر وبيان ذلك:

أولا:

ما ذهب إليه ابن حزم من أنها إذا بلغت المحيض ترفع عنها الحضانة، ولها أن تسكن بمفردها وتستقل عنهما لا يمكن العمل به خاصة مع فساد الزمان، فالأنثى ولو كانت كبيرة عاقلة رشيدة تحتاج إلى الحفظ والستر ولذا نهيت عن السفر إلا مع زوج أو محرم لحاجتها فى حفظها إلى الرجال ـ وهذا مع كبرها ـ فكيف بها إذا كانت صغيرة مميزة وبلغت سن فوران الشهوة فيها وهى قابلة للانخداع.

لذلك نجده يقول إن خيف عليها كان للأب أو الحاكم أو الجيران منعها من ذلك، فإذا لم تكن لهم ولاية عليها فكيف يحق لهم أن يمنعوها، لذلك فإننى أرى وجوب بقاء الحضانة عليها وعدم استقلالها ولو بلغت.

ثانيا:

---

(١) المحلى ١٠/٣٢٣، ٣٣١.

القول بتخييرها أيضا قول معيب، لأنها إذا خيرت فكانت عند الأم تارة وعند الأب تارة أفضى ذلك إلى كثرة بروزها وتبرجها وانتقالها من مكان إلى مكان، ولا يبقى الأب موكلا بحفظها ولا الأم لأن العادة أن ما يتناوب الناس على حفظه يضيع.

ثم إن اختيار أحدهما يضعف رغبة الآخر فى الاحسان والصيانة فلا يبقى الأب تام الرغبة ولا الأم تامة الرغبة فى حفظها، ثم إن ترددها بين الأبوين يجعلها لا يجتمع قلبها على مكان معين ولا يجتمع قلب أحد الأبوين على حفظها، ثم إن تمكينها من اختيار هذا تارة وهذا تارة يخل بكمال حفظها ويكون زريعة إلى ظهورها وبروزها فيكون الأصلح لها أن تجعل عند أحد الأبوين من غير تخيير.

كما أنه لم يرد فى تخييرها نص حتى يعول عليه، وقياسها على الولد لا يصح إذ الفرق ظاهر بين تخييرها وتخيير الابن لا سيما والولد محبوب مرغوب والبنت مزهود فيها، فأحد الوالدين قد يزهد فيها مع رغبتها فيه فكيف مع زهدها فيه، فالأصلح لها لزوم أحدهما لا التردد بينهما.

ثالثا:

إذا قلنا بعدم استقلالها وبعدم تخييرها فلمن تكون الحضانة من الأبوين:

البعض يجعلها للأم والبعض الآخر يجعلها للأب كما سبق.

غير أنى أرى أن المراعى فى ذلك هو صيانة البنت فيجب أن تكون الحضانة لمن يصلحها ويدفع مفسدتها منهما لذا نجد المالكية

يفرقون بين حال تكون الأم فى حرز وتحصين فيجعلون لها الحضانة وبين أن تكون فى غير حرز وتحصين أو تكون غير مرضية فينزعون البنت عنها.

فإذا كان أحد الأبوين حافظا لها والآخر يضيعها فلا شك أنها تجعل عند من يحفظها أبا كان أو أما.

فإذا فرض أن الأب ديوث لا يصونها والأم تصونها فإن الأم تكون أولى بحضانتها من غير نظر إلى اختيارها، وإذا كان الأمر على العكس من ذلك قدم الأب وسقطت حضانة الأم ، لأنها ولاية مصلحة فالمعتبر فيها هو ما يصلح به المحضون.

وعلى هذا فإنى أرى أن الأولى بالحضانة هو من يحفظ الأنثى ويصونها ويأمرها بالطاعة ويبعدها عن المعصية منهما.

شروط التخيير:

مما سبق علمنا أن بعض الفقهاء يقول بتخيير المحضون ببلوغه حد الاستغناء سواء كان ذكرا أو أنثى، ومنهم من يخير الذكر دون الأنثى إلا أن هذا التخيير عندهم مشروط بثلاثة شروط[١]:

الشرط الأول: أن يكون المحضون عاقلا.

فإن كان معتوها أو مجنونا لم يخير ويكون عند الأم، لأن المجنون والمعتوه لا يميز بين منافعه ومضاره فيصير بمنزلة الطفل وإن كان كبيرا.

---

(١) الحاوى ٥٠١/١١، المغنى ٦١٦/٧.

ولو خير الولد فاختار أباه ثم زال عقله رد إلى الأم وبطل اختياره لأنه إنما خير حين استقل بنفسه فإذا زال استقلاله بنفسه كانت الأم أولى لأنها اشفق عليه وأقوم بمصالحة كما فى حال طفولته.

الشرط الثانى: انتهاؤه إلى السن التى يستحق التخيير فيها:

وقدروها بسبع أو ثمان ـ وليس ذلك اختلاف قولين بل هو اختلاف حالين فى مراعاة أمره فى ضبطه وتحصيله ومعرفة أسباب الاختيار فقد يتقدم ذلك فيه ويوجد لسبع لفرط ذكائه وقد يتأخر لقلة فطنته فالأول يخير لسبع والثانى يخير لثمان.

الشرط الثالث: أن يكون الأبوين من أهل الحضانة:

يشترط فيمن يقع التخيير بينهما ـ أبا وأما ـ أو غيرهما ممن يقوم مقامها أن يكونوا من أهل الحضانة بأن تتوفر فيهم شروط استحقاق الحضانة، وهى العقل والإسلام والعدالة واجتماعهما فى وطن واحد وخلو المرأة عن الزوج وقد سبق بيان ذلك مفصلا.

المبحث الثانى

انفراد الرجال بالحضانة

إذا اجتمع الرجال من أقارب الطفل يتنازعون حضانته منفردين عن النساء ، حيث لا نساء، أو كان معهم نساء وسقط حقهن فى الحضانة، فمن الذى يستحق الحضانة منهم، وما هى مراتبهم فيها؟

ولكى نجيب على ذلك فإننا سنحصر كلامنا فى مطلبين:

المطلب الأول

المستحقون للحضانة من الرجال

المستحقون للحضانة من الرجال : ثلاثة أصناف

الصنف الأول: هم العصبة الوارثين[1]:

فلا حضانة لذكر تكون قرابته للمحضون من جهة النساء، وعلى هذا فلا حضانة لذوى الأرحام كالجد لأم[2] والعم لأم والخال وابن الأخت وبنو الخالات والعمات والأخ لأم مع وجود أحد من أهل الحضانة وهم العصبة.

---

(١) البدائع ٤/٤٣/ رد المحتار ٦٣٨/٢، التاج والإكليل ٢١٦/٤، الفواكه الدوانى ١٠٣/٢، الحاوى ٥١٦/١١، ٥١٧، شرح المحلى على المنهاج مع قليوبى ٨٩/٤، المغنى ٦٢٢/٧،٦٢٣، الكافى لابن قدامة ٣٨٣/٣.

(٢) وافق المالكية الجمهور فى القول بأن الجد لأم لا حضانة له ولم يخالف فى ذلك إلا اللخمى حيث يرى أن له فيها حقا لأنه أب ذو حنان تغلظ عليه الدية ويسقط عنه القود، وعلى هذا فمرتبته تلى مرتبة الجد لأب، فيكون متوسطا بين الجد لأب وابن الأخ، يراجع الدسوقى والشرح الكبير ٥٨٢/٢، المواهب والتاج ٢١٦/٤.

ولعل السبب فى عدم استحقاقهم للحضانة هو أن الذكور من ذوى الأرحام فاقدون لآلة التربية وهى الأنوثة التى هى السبب الأقوى فى استحقاق الحضانة، فهم ليسوا نساء يتولون الحضانة بأنفسهم ولا لهم قوة قرابة كالعصبات.

ويشترط فى العاصب حتى يستحق الحضانة أن يكون محرما للمحضون وإن كان أنثى[1].

وعلى هذا فلا حق لابن العم فى حضانة ابنة عمه ـ وإن كان عاصبا لها ـ لأنه ليس بمحرم منها إذ يجوز له نكاحها فلا يؤتمن عليها.

أما إذا كان المحضون ذكرا فإن لابن عمه الحق فى حضانته عند عدم من هو أولى منه لأنه عصبة له.

<u>الصنف الثانى :</u>

الوصى[2] وهو من يعينه الأب لرعاية أبنائه من بعده، ويلحق به وصى الوصى ومقدم القاضى.

ومحل استحقاق الوصى للحضانة فيما إذا كان المحضون ذكرا صغيرا أو كبيرا، أما إن كان المحضون أنثى فإن كانت كبيرة لا حق له فى حضانتها إلا إذا كان محرما لها أو كان الوصى أنثى.

---

(١) ذهب إلى ذلك الجمهور، وذهب الشافعية فى الصحيح إلى عدم سقوط حقه فى الحضانة لوفور شفقته بالولاية لكنهم يقولون لا تسلم إليه الأنثى المشتهاة وإنما إلى ثقة يعينها هو كبنته ونحوها بشرط كونها ثقة: قليوبى وشرح المحلى على المنهاج ٨٩/٤.

(٢) لم يقل بهذا إلا المالكية، يراجع الفواكه للدوانى ١٠٣/٢ ، الدسوقى والشرح الكبير ٥٢٨/٢، التاج والإكليل مع المواهب ٢١٦/٤.

أما إذا كانت صغيرة فإن له حق حضانتها ولـــو لـم يكــن محرما لها وقيل ليس له الحق فى حضانة الأنثى مطلقا، إذ ليـــس بينـــه وبينها محرم.

الصنف الثالث: ذوى الأرحام عند عدم غيرهم:

إذا لم يوجد أحد من المستحقين للحضانة من العصبـــات أو وجـــد وسقط حقه فيها، ووجد أحد من ذوى الأرحام المحرمين[1] كالخال وأبـــو الأم وابن الأخت والأخ لأم فقد ذهب الحنفية والمالكية وهو وجه للشافعية والحنابلة[2] إلى أنهم يستحقون الحضانة ويتقدمون على الأجانب، لأن لهم رحما وقرابة يرثون بها عند عدم الوارث فكذلك يحضنون عند عدم مـــن يحضن.

المطلب الثانى

مراتبهم

بعد أن ذكرنا المستحقين للحضانة من الرجال إجمالا نذكـــر الآن مراتبهم فنقول:

١- الأب:

---

(١) احترز به عن ذوى الأرحام غير المحرمين كابن العمة والخالة حيـث لا حـق لـــهم لعـــدم المحرمية، رد المحتار ٦٣٩/٢.

(٢) وللشافعية والحنابلة وجه آخر أنه لا حق لهم فى الحضانة فهم والأجانب فيها سواء فإن قدموا فمن طريق الأولى دون الاستحقاق والا انتقل الأمر إلى الحاكم، يراجع الحـــاوى ٥١٦/١١، المغنى ٦٢٣/٧، الكافى ٣٨٣/٣، البحر الرائق ١٨٤/٤.

مما لا خلاف عليه أن أحق الذكور بالحضانة.هو الأب لأختصاصه بمباشرة الولادة وتميزه بفضل الحنو والشفقة.

٢- الجد وإن علا:

يأتى فى المرتبة الثانية بعد الأب أباته الذين ولدوه يتقدم بها الأقرب فالأقرب ويكون أبعد الآباء درجة أحق بها من الأخوة ذهب إلى ذلك جمهور الفقهاء[١] ، ولم يخالف فى هذا إلا المالكية[٢].

حيث يقولون بتقديم الوصى على جميع العصبة غير الأب.

كما يقولون بتقديم الأخ على الجد سواء كان قريبا أو بعيدا وإنما قدم الوصى على العصبة لأنه مقدم بإجتهاد الأب ومن اجتهد فيه الأب أقوى وأولى، ولو علم أن ذلك التقديم كان لشنئان بين الأب وبين جد الولد أو أخيه لقدم الجد والأخ على الوصى لأن عليهما فى تربية غيرهما لولدهما معرة مع علمنا أن رغبة الأب عنهما لم تكن حسن نظر.

أما إن كان الشنئان بين الأب وعم الولد أو ابن عمه فإنه يقدم عليهما الوصى لأنهما يتهمان فى عداوته والإساءة إليه لعداوة الأب.

٣- الأخوة [٣]:

إذا عدم الأجداد كان الأخوة أحق بالحضانة من غيرهم وأولاهم

---

(١) البدائع ٤٣/٤، رد المحتار ٦٣٨/٢، الحاوى ٥١٧/١١، ٥١٨، المغنى ٦٢٢/٧.

(٢) يراجع الدسوقى والشرح الكبير ٥٨٢/٢، التاج والإكليل ٥١٦/٤، حاشية المدنى على كنون ٢٥٢/٤.

(٣) سبق أن ذكرنا أن المالكية يقدمون الأخ على الجد فى استحقاق الحضانة ، وأن الجمهور يقولو بتقديم الجد وإن علا على الأخوة ، انظر ما سبق صـــ.

بها الأخ الشقيق ثم الأخ للأب ثم الأخ الأم [1].

٤- أبناء الأخوة[2]:

إذا عدم الأخوة وكان لهم أبناء فنازع الأعمام فى حضانة الصبى فقد ذهب الجمهور[3] إلى تقديم أبناء الأخوة على الأعمام لقوة تعصبهم فى حجب الأعمام عن الميراث، وعلى هذا يقدم بها ابن الأخ الشقيق ثم ابن الأخ لأب ثم أبنائهم وإن سفلوا.

ولا حق فيها لابن الأخ لأم إلا عند المالكية لأنه غير وارث عند الشافعية ولأنه من ذوى الأرحام عند غيرهم وقيل[4] يقدم الأعمام على أبناء الأخوة، لأنهم أقرب منهم درجة.

٥- الأعمام:

يأتى بعد أبناء الأخوة فى استحقاق الحضانة أعمام الصبى يتقدمهم العم الشقيق ثم العم للأب، ولا حق فيها للعم لأم [5] لأنه لا يرث.

---

(١) هذا عند المالكية والشافعية غير أن المالكية يقدمون الأخ لام على الأخ لأب، أما الحنفية والحنابلة فإن الأخ لام من ذوى الأرحام فلا حق له فى الحضانة عند وجود من هو أولى منه من العصبة ، يراجع : البدائع ٤٣/٤، الفواكه الدوانى ١٠٣/٢، الحاوى ٥١٨/١١، الكافى لابن قدامة ٣٨٣/٣.

(٢) سبق أن ذكرنا أن اللخمى المالكى يقدم الجد لأم على ابن الأخ فى استحقاق الحضانة.

(٣) انظر المصادر السابقة.

(٤) ذهب إلى ذلك الشافعية فى وجه يراجع الحاوى ٥١٨/١١.

(٥) إلا عند المالكية حيث يقولون باستحقاقه للحضانة ويقدمونه على العم لأب ــ حاشية الدسوقى ٥٢٨/٢.

ثم تنتقل بعدهم إلى أبنائهم وإن سفلوا يتقدمون بها على أعمام الأب[١] لكن لا تدفع إليهم الأنثى لأنهم غير محارم كما سبق.

٦- إذا لم يوجد من العصبة أحد أو وجد وسقط حقه فى الحضانة انتقلت إلى ذوى الأرحام على خلاف فى ذلك[٢] .

عند التساوى[٣]: إذا تساوى اثنان من أهل الحضانة كأخين وعمين ونحوهما فإننا نقدم من كان عنده صيانة وشفقة على مساويه فى المرتبة إذا خلا عن ذلك، فإذا كان عندهما صيانة وشفقة وأحدهما أكثر من الآخر صيانة وشفقة للمحضون عن غيره فإنه يقدم.

فإن وجد عند أحدهما الصيانة ووجد عند الآخر الشفقة فقيل يقدم صاحب الشفقة، فإن تساووا فى الصلاح والشفقة قدم الأكبر سنا فإن تساويا فى كل شئ أقرع بينهما.

(١) حاشية ابن عابدين على الدر المختار ٦٣٨/٢، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقى ٥٢٨/٢.

(٢) أولاهم بها الأخ لأم ثم أولاده ثم العم لأم ثم الخال الشقيق ثم لأب ثم لأم وقيل بغير ذلك الترتيب، هذا عند الجمهور أما عند المالكية فإن الجد لأم من المستحقين للحضانة عند اللخمى وكذلك الأخ لأم وابنه والعم لأم وابنه كلهم يستحقون الحضانة ويقدمون على الأخ لأب وابنه وعلى العم لأب وابنه كما سبق، يراجع البحر الرائق ١٨٤/٤، الشرح الكبير ٥٢٨/٢،الحاوى ٥١٧/١١، الكافى ٣٨٣/٣.

(٣) يراجع البدائع ٤٣/٤، البحر الرائق ١٨٤/٤، الفواكه الدوانى ١٠٣/٢، التاج والإكليل ٢١٦/٤، المغنى ٦٢٤/٧، المحلى ٣٢٤/١٠.

المبحث الثالث

اجتماع الرجال والنساء

إذا اجتمع الرجال والنساء وتنازعوا حضانة الطفل فأيهم أولى أن يقدم على غيره؟

وهل يسقط حق الفرع بإسقاط الأصل لحقه أم لا؟ إليك بيان ذلك فى مطلبين:

المطلب الأول

فيمن يقدم بالحضانة

اتفق الفقهاء[1] على أن الأم أحق بالحضانة من غيرها ولو كان المنازع لها هو الأب ما لم يمنع من ذلك مانع[2] ودليل ذلك:

أ- روى أن امرأة قالت: يا رسول الله إن ابنى هذا كان بطنى له وعاء وحجرى له حواء وثدى له سقاء وإن أباه طلقنى وأراد أن ينزعه من فقال رسول الله ﷺ : " أنت أحق به ما لم تنكحى"[3].

فقد حكم لها النبى ﷺ بحضانة الطفل دون الأب فدل على تقديم حقها فى الحضانة على حقه.

---

(١) المبسوط ٢٠٧/٥، حاشية الرهونى على شرح الزرقانى ٢٤٩/٤، تكملة المجموع ٢٢٦/٢٠، الكافى لابن قدامة ٣٨١/٣، السيل الجرار ٤٣٨/٢، المحلى ٣٢٣/١٠، سبل السلام ٢٢٧/٣، نيل الأوطار ٣٢٩/٦.

(٢) سبق أن ذكرنا الشروط الواجب توافرها فى مستحق الحضانة فإذا اختل شرط منها كان ذلك مانعاً من استحقاق الحضانة.

(٣) سبق تخريج الحديث.

ب- ما روى أن أبا بكر قضى على عمر بن الخطاب بحضانة ابنه عاصم لأمه وقال له ريحها وحجرها خير له من عسل وسمن عندك يا عمر[1].

فهذا أبو بكر يقضى بتقديم الأم على الأب فى حضانة الطفل والصحابة مجتمعون ولم ينكر عليه أحد فكان إجماعا على تقديم الأم فى الحضانة على غيرها ولو كان المنازع لها هو الأب.

جـ - إنها مباشرة للولادة قطعاً وإحاطة وهى فى الأب مظنونة فكانت أولى.

د- أنها أكثر حنواً وإشفاقاً فكانت أولى.

هـ- إنها بتربيته أخبر وعلى التشاغل به أصبر فقدمت على غيرها.

٢- أمهات الأم:

إذا عدمت الأم أو سقط حقها فى الحضانة فأولى الناس بحضانة الطفل من أقربائه جدته لأمه ــ أم أم المحضون ــ ثم أمهاتها وإن علون الأقرب فالأقرب ذهب إلى هذا الجهور من أهل العلم[2].

ولم يخالف هذا إلا الحنابلة فى رواية ضعيفة عن أحمد[3] أن الأب يقدم عليهن فيكون أولى منهن بحضانة الطفل عند عدم الأم أو سقوط

---

(١) سبق ذكر الأثر.

(٢) هذا إذا لم يمنع من استحقاقها للحضانة مانع كما سبق بيانه صـ راجع البحر الرائق ومنحه الخالق ١٨٢/٤، الفواكه الدوانى ١٠٢/٢، الاقناع فى حل ألفاظ ابن شجاع ١٩٤/٢، الكافى لابن قدامة ٣٨١/٣، المحلى ٣٢٣/١٠، البحر الزخار ٢٨٧/٤.

(٣) كما أن لهم رواية أخرى أن الأخت لأم والخالة أحق من الأب فيقدم من على الأمهات لأم يرجع المغنى ٦٢٣/٧.

حضانتها، والشوكانى[1] حيث ذهب إلى تقديم الخالة عليهن.

والأصح ما عليه الجمهور من أن الحضانة بعد الأم لأمهاتها وإن علون، لأن حق الحضانة بسبب الأمومة، وهى أم تدلى بأم فكانت مقدمة على غيرها، ولأنهن ـ الجدات من جهة الأم ـ نساء ولادتهن متحققة فكن فى معنى الأم فقد من.

٣- الأب:

إذا عدمت الأم وأمهاتها أو سقطت حضانتهن فقد ذهب الشافعية[2] والحنابلة فى المذهب[3] والظاهرية[4] والزيدية[5].

إلى القول بانتقال الحق فى الحضانة إلى الأب، لأن له من الولادة والاختصاص بالنسب وفضل الحنو والشفقة ما ليس فى غيره ممن عدم الولادة، ومن اختص بالولادة من الرجال والنساء يقدم فى الحضانة على غيره ممن عدمها، فإن تساوى فى الولادة أبوان قدمت الأم على الأب بالانوثية المختصة بالتربية.

وذهب الحنفية[6] وهو قول الاصطخرى الشافعى[7].

---

(١) حيث يعتبرها مع الأب كالأم معه يثبت بينهما التخيير للصبى واستدل لذلك بحديث (الخالة أم) يراجع السيل الجرار ٤٣٨/٢، نيل الأوطار ٣٢٨/٦ .

(٢) كما أن لهم رواية أخرى أن الأخت لأم والخالة أحق من الأب فيقدمن على الأمهات لأم يراجع المغنى ٦٢٣/٧.

(٣) ولأحمد رواية أخرى أن الخالات يقدمن على الأب وكذلك الأخت لأم ـ المغنى ٦٢٣/٧.

(٤) المحلى ٣٢٣/١٠.

(٥) ويرى الشوكانى تقديم الخالة على الأب ـ السيل الجرار ٤٣٦/٢، ٤٣٨.

(٦) البحر الرائق ١٨٣/٤.

(٧) الحاوى ٥١٩/١١.

أن النساء يتقدمن فى حق الحضانة على الرجال[1] ويقدم منهن من كان من جهة الأم على من كان من جهة الأب وقد سبق بيان مراتب النساء فى الحضانة فى صـــ

وقريب من قول الحنفية ما ذهب إليه المالكية[2].

من القول بتقديم الخالات وكذلك الجدات لأب وإن علون على الأب وقد سبق أيضا صـــ .

٤- الجدة من جهة الأب:

سبق أن ذكرنا أن الحنفية والمالكية يقدمون الجدات من جهة الأب على الأب فى استحقاق الحضانة[3].

أما الزيدية[4] فإنهم يقدمون الخالات على الجدات من جهة الأب إذ منزلتهن بعد منزلة الأب.

أما الشافعية والحنابلة[5] فيجعلون الحضانة بعد الأب عند عدم وجوده أو سقوط حقه فيها لامهاته وإن علون.

٤- الجد وإن علا:

يرى الشافعية والحنابلة والظاهرية[6].

---

(١) حيث جعلوا منزلة العصبة متأخرة بعد جميع النساء والأب من العصبة فكان متأخرا عنهن.

(٢) التاج ٢١٥/٤، الفواكه الدوانى ١٠٢/٢.

(٣) يراجع صـــ.

(٤) السيل الجرار ٤٣٦/٢.

(٥) الحاوى ٥١٩/١١، المغنى ٦٢٣/٧.

(٦) المصادر السابقة ، المحلى ٣٢٣/١٠.

أن حق الحضانة بعد أمهات الأب ينتقل إلى الجد ثم لأمهاته ثم إلى أبى الجد ثم أمهاته، حتى يستوعب عمود الأباء والأمهات لا يتقدم عليهم مع وجود الولادة فيهم من عدمها.

وعند الحنفية منزلة الجد متأخرة عن منزلة الأخوات والخالات لأنه من العصبة وكذلك عند المالكية [١].

٦- الأخوات والأخوة:

إذا انقرض المستحقين للحضانة من الآباء والأمهات انتقلت عند الحنابلة والشافعية فى أحد وجهين[٢] إلى الأخوات وتقدم الأخت الشقيقة ثم الأخت لأب ثم الأخت من الأم .

وإنما قدمن على الأخوة لأنهن نساء من أهل الحضانة فقد من على من فى درجتهن من الرجال كالأم تقدم على الأب وقيل الأخ أحق بالحضانة منهن لأنه من العصبة يحق له القيام بتأديب المحضون وتقويمه، كما له أن ينقله إلى وطنه عند الانتقال من مكان الحضانة والأصح تقديم الأخت على الأخ لأنها انثى أشفق وأعطف.

وعند الحنفية[٣] تنتقل الحضانة للأخوات بعد أم الأب حيث يتقدمن على الأجداد لأنهن نساء يتقدمن على العصبة وتقدم الشقيقة ثم التى للأم ثم التى للأب.

---

(١) البدائع ٤١/٤، ٤٣، التاج والإكليل ٢١٥/٤، ٢١٦.

(٢) الحاوى ٥١٩/١١، المغنى ٦٢٣/٧، ٦٢٤.

(٣) البدائع ٤١/٤.

وكذلك المالكية[١] يقدمون الأخوات علـــى الأجـــداد، لكنـــهم يقدمون الخالات وجميع قرابات الأم عليهن.

٧- الخالات [٢] :

ينتقل الحق فى الحضانة بعد الأخوة إلى الخالات عنـــد الشـــافعية والحنابلة[٣]

وتقدم الشقيقة ثم التى للأب ثم التى للأم، وكذلك عنـــد الحنفيـــة[٤] لكنهم يقدمون التى للأم على التى للأب.

أما المالكية[٥] فالخالات يأتين بعد الجدة للأم فى المرتبة ويقدمـــن على أم الأب، وعلى الأب والجد والأخوات وغيرهن

٨- العمات ثم الأعمام:

ينتقل الحق فى الحضانة بعد الخالات إلى العمات عند الشـــافعية والحنابلة[٦] فإذا عدمن انتقل الحق إلى الأعمام ـ ويقدم بها الشـــقيق ثـــم الذى للأب.

---

(١) الفواكه الدوانى ١٠٢/٢.

(٢) سبق أن بينا أن لا حضانة للأخوال لأنهم من ذوى الأرحام فلا يحضنون إلا عند عدم وجـود من يستحق الحضانة من الرجال والنساء وحينئذ يقدمن على من كان أجنبيا من المحضون.

(٣) الحاوى ٥٢٠/١١ ، المغنى ٦٢٤/٧.

(٤) البحر الرائق ١٨٢/٤، البدايع ٤٢/٤.

(٥) التاج والإكليل ٢١٥/٤.

(٦) الحاوى ٥٢٠/١١، المغنى ٦٢٤/٧.

ويرى الحنفية والمالكية[1] أن العمات يأتين بعد الخالات في المنزلة كما يقول الشافعية والحنابلة غير انهم يؤخرون الأعمام عن غيرهم من النساء إذ هم من العصبة وهي متأخرة عن جميع النساء.

ملاحظة:

بعد أن رتبنا المستحقين للحضانة عند اجتماع الرجال والنساء على النحو السابق يتضح لنا اختلاف الفقهاء في هذا الترتيب اختلافا كبيرا حيث لا يكادون يجمعون إلا على تقديم الأم على جميع النساء والرجال وذلك لمكان النص الوارد في ذلك.

كما نجد شبه اجماع على تقديم أمهات الأم بعدها على غيرها من المستحقين للحضانة رجالا ونساء لولا أن الشوكاني قد عارض في ذلك وقدم عليهن الخالات لمكان الحديث (إنما الخالة أم).

بعد ذلك لا نجدهم يتفقون على شئ من هذا الترتيب ولعل السبب في ذلك هو عدم وجود دليل يدل على شئ من ذلك بل مجرد آراء خلت عن الأدلة فكلٌ يقدم من وجهة نظره من هو مظنة للحنو على الصبي.

وبناء عليه فإني أرى أن حق الحضانة عند التنازع يكون محصورا بين الأم وأمها والأب وأمه، فتقدم الأم ، وعند عدمها أو سقوط حقها تقدم أمها على الأب، ثم بعد ذلك ينتقل الحق إلى الأب عند وجوده.

فإن عدم أو كان غير أهل لها تقدم أمهاته ولا ينتقل الحق عن هؤلاء إلى من بعدهم من الرجال والنساء إلا عند عدمهم أو سقوط حقهم فيها.

(١) البدائع ٤٢/٤، الفواكه الدواني ١٠٢/٢.

المطلب الثانى

لا يسقط حق الفرع فى الحضانة إسقاط الأصل لحقه

إذا أسقط مستحق الحضانة كالأم أو الأب حقه فى الحضانة فهل يسقط بذلك حق فرعه فيها أم لا؟

للعلماء وجهان فى ذلك:

الأول: يسقط حق الفرع بإسقاط الأصل لحقه[١].

فإن أسقطت الأم حقها سقط حق أمهاتها وينتقل الحق فيها للأب لأن أمهاتها فرع عليها فى الاستحقاق فإن أسقطت حقها سقط حق فروعها، وكذلك الأب إن اسقط حقه سقط حق أمهاته لأنهن فرع عليه.

الثانى: وهو الأصح لا يسقط حق الفرع لسقوط حق الأصل[٢].

وعلى هذا فإذا أسقطت الأم حقها انتقل الحق بعدها إلى أمهاتها، لأن الحضانة حق الولد، وبإسقاط الأم لحقها بقى حق الولد فصارت كالميتة أو المتزوجة فتكون الجدة أولى.

ولأنه لو سقط حق الأم بزواجها أو لكونها غير أهل للحضانة لا يسقط حقهن فكذلك لو أسقطته بنفسها وكذا الحكم فى الأب.

---

(١) ذهب إلى ذلك الحنابلة فى وجه وبه قال بعض القرويين من المالكية، مواهب الجليل ٢١٩/٤،المغنى ٦٢٤/٧،الكافى لابن قدامة ٣٨٤/٣.

(٢) ذهب إلى ذلك الحنفية وهو الأصح عند الحنابلة وهو قول الشافعية وقياس قول المالكية وهو المعتمد عندهم ،يراجع حاشية ابن عابدين ٦٣٦/٢، المغنى ٦٢٤/٧، الحاوى ٥٠٦/١١، مواهب الجليل ٢١٦/٤، حاشية الدسوقى ٥٣٣/٢، الاقناع ١٩٦/٢، الكافى لابن قدامة ٣٨٤/٣.

ولأن حق القريب سقط لمعنى اختص به فاختص السقوط بـــه كما لو سقط لمانع.

الفصل الثالث

نفقة[1] المحضون وأجر الحضانة

مما لا شك فيه أن المحضون سواء كان رضيعا أو فطيما يحتاج إلى الطعام والشراب والكسوة والسكنى وغيرها من وجوه النفقة فعلى من تجب، وهل يجب على الأم رضاعه وهل تستحق الحاضنة أجرة لهذا الرضاع ثم أخيرا هل تستحق الأجر على حضانته أم لا؟ هذا ما سنحاول التعرف عليه من خلال هذه المباحث.

المبحث الأول

نفقة المحضون

إذا قلنا بثبوت النفقة للمحضون فعلى من تجب وما شروط وجوبها وما مقدارها، وما الحكم لو امتنع من وجبت عليه عن دفعها هذا ما سنبينه فى المطالب التالية .

(١) النفقة اسم من الإنفاق وما ينفقه الانسان على عياله، وما يفرض للزوجة على زوجها من مال للطعام والكساء والسكنى والحضانة وجمعها نفقات، وهى فى الشرع ما به قوام معتاد حال الآدمى دون سرف، أو هى للطعام والكسوة والسكنى، المعجم الوسيط ٩٨٠/٢، البحر الرائق ١٨٨/٤، ابن عابدين ٦٤٣/٢، ٦٤٤، الفواكه الدوانى ١٠٤/٢.

المطلب الأول

نفقة المحضون على أبيه

مما لا خلاف عليه بين أهل العلم أن نفقة الولد الصغير واجبة على أبيه لا يشاركه فيها أحد[1].

قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن على المرء نفقة أولاده الأطفال الذين لا مال لهم[2] ولو كانت حضانتهم إلى غيره كالأم أو الجدة حيث تكون لهن الحضانة ونفقتهم على الأب، ودليل هذا الحكم القرآن والسنة والمعقول:

فمن القرآن:

١- قوله تعالى ﴿ **فإن أرضعن لكم فأتوهن أجورهن** ﴾ [3].

دلت الآية على وجوب أجرة الرضاع للمطلقات إذا أرضعن أولادهن وأنها على الأب فلما لزمته أجرة الرضاع كان لزوم النفقة أحق إذ هي بعد الفطام بمنزلة مؤنة الرضاع.

---

(١) وهذا بالاتفاق إذا كان الولد صغيرا، فإن كان كبيرا فقيل نفقته على أبيه أيضا وقيل على الأب والأم أثلاثا بحسب ميراثهما من الولد، المبسوط ٢٢٢/٥، البحر الرائق ٢٢٨/٤، شرح المحلى على المنهاج ٨٧/٤، السيل الجرار ٤٥٤/٢، نيل الأوطار ٣٢٢/٦، العناية وفتح القدير مع الهداية ٤١٠/٤/ ٤١١.

(٢) نقل هذا الاجماع ابن قدامة والكاساني والشوكاني والقرطبي ، يراجع البدائع ٣٠/٤، ٣٢، التاج والإكليل والمواهب ٢١٠/٤. ٢٢٠، الحاوى ٤٧٧/١١، المغنى ٥٨٢/٧، ٥٨٣/ المحلى ١٠٠/١٠، نيل الأوطار ٣٢٢/٦، ٣٢٣، الاقناع ١٨٦/٢، السيل الجرار ٤٥٦/٢، فتاوى ابن تيمية ١٠٨/٣٤، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ١٠٧٦/١، مختصر المزنى صـ ٢٣٤.

(٣) سورة الطلاق آية : ٦.

٢- قوله تعالى : ﴿ وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ﴾[١]. حيث دل على وجوب نفقة الأولاد وأنها على الآباء دون الأمهات لأن الله خص الأب بكونه مولودا له وأضاف الولد إليه بلام الملك.

٣- قوله تعالى: ﴿ولا تقتلوا أولادكم خشية إملاق نحن نرزقهم وإياكم﴾[٢]. دلت الآية على وجوب نفقة الابن على أبيه إذ لولا وجوب النفقة عليه ما قتله خشية الاملاق من النفقة.

الأدلة من السنة:

يستدل على وجوب نفقة الابن على أبيه من السنة بأدلة نذكر منها:

١- روى عن أبى هريرة أن رجلا أتى رسول الله ﷺ فقال: إن معى دينارا قال أنفقه على نفسك قال: إن معى آخر قال: أنفقه على ولدك، قال : إن معى آخر قال: أنت أعلم[٣].

فقد دل الحديث على وجوب نفقة الولد وأنها على الأب عندما يكون عنده ما يزيد عن حاجة نفسه.

٢- روى عن عائشة أن هندا أم معاوية جاءت إلى رسول الله ﷺ فقالت: إن أبا سفيان رجل شحيح وإنه لا يعطينى وولدى إلا ما أخذ منه سرا وهو لا يعلم فهل على فى ذلك من شئ؟ فقال رسول الله ﷺ

---

(١) بعض آية : ٢٣٣، من سورة البقرة .

(٢) بعض آية : ٣١ من سورة الإسراء.

(٣) السنن لأبى داود ٢/١٣٦، السنن الكبرى ٧/٤٧٧.

: " خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف "[١] ففى هذا الحديث دليـلى على وجوب نفقة الولد على الأب، وأنه يجوز لمن وجبت له النفقـــة شرعا على شخص أن يأخذ من ماله ما يكفيه إذا لم يقع منه الامتثـال وأصر على التمرد .

الأدلة من المعقول:

استدل لوجوب نفقة الولد على الوالد بأدلة عقلية نذكر منها:

١- إن ولد الإنسان بعضه فكما يجب عليه أن ينفق على نفسه يجـــب أن ينفق على بعضه.

٢- إن الإنفاق عند الحاجة من باب إحياء المنفق عليه والولد جـــزء الوالد وإحياء نفسه واجب فكذا إحياء جزئه.

٣- إن هذه القرابة مفترضة الوصـــل محرمـــة القطـــع بالاجمـــاع، والانفاق من باب الصلة فكان واجبا، وتركه مع القدرة للمنفق وتحقق حاجة المنفق عليه يؤدى إلى القطع فكان حراما.

(١) فتح البارى ٤١٨/٩، السنن للبيهقى ٤٧٧/٧، السنن لأبى داود ٢٨٨/٣.

المطلب الثانى

شروط وجوب النفقة

سبق أن ذكرنا أن نفقة الولد واجبة على أبيه أو من تلزمه نفقته غير أن ذلك مشروط بثلاثة شروط:

الشرط الأول: أن لا يكون للولد مال [1].

فلكى تجب نفقة الولد على أبيه أو من تلزمه نفقته يجب أن لا يكون غنيا ، فإن كان له مال[2] لم تجب نفقته على أحد وإنما تكون فى ماله خاصة، كان الولد كبيرا أو صغيرا.

لأن هذه النفقة هى من قبيل المواساة وهى لا تجب إلا مع الفقر والموسر مستغن عن المواساة، ولأنه إذا كان غنيا لا يكون هو بإيجاب النفقة له على غيره أولى من الايجاب لغيره عليه فيقع التعارض فيمتنع الوجوب على الغير، ويكون إيجابها فى ماله أولى من إيجابها فى مال غيره.

(١) البدائع ٣٤/٤، ٣٥، مواهب الجليل والتاج ٢١١/٤، الحاوى ٤٨٧/١١، المغنى ٥٨٤/٧، مختصر المزنى صـ ٢٣٤، المحلى ١٠٠/١٠، ١٠١، الاقناع ١٨٦/٢، السيل الجرار ٤٥٦/٢، ٤٥٧، تكملة المجموع للمطيعى ١٩٦/٢٠، ١٩٧.

(٢) فإن كان المال حاضرا فى يد الأب انفق منه على الابن وينبغى أن يشهد على ذلك حتى لا يجحد الابن بعد ذلك أما إن كان غائبا فإنه ينفق من مال نفسه فإذا أراد الرجوع فإنه يشهد على ذلك أو يستأذن القاضى، وألا لم يرجع بما انفق فى الحكم أما فى الديانة فله الرجوع، وقيل : إن قصد الرجوع رجع ولو لم يحكم به حاكم. البدائع ٣٤/٤، الحاوى ٤٨٤/١١، المواهب ٢١٢/٤، البحر الرائق ٢١٨/٤.

لشرط الثاني : العجز عن الكسب[1]:

لكى تجب النفقة للابن يشترط عدم قدرته على الكسب، فإن عجز عن الكسب لكونه صغيرا أو مجنونا أو أعمى أو أشل أو مقطوع اليدين أو الرجلين ونحو ذلك من العوارض المانعة من الكسب ولا مال له، وجبت نفقته على أبيه أو من تلزمه النفقة، أما إن قدر على الكسب لم تجب لأنه بذلك يكون مستغنى بكسبه والغناء بالكسب كالغناء بالمال فلم تجب على غيره.

الشرط الثالث: القدرة على الإنفاق [2] :

والقدرة على ذلك تكون بأمرين :-

الأول: أن يكون للمنفق مال يزيد عن حاجته وحاجة زوجته[3].

الثاني : القدرة على الكسب، فإذا كان له مال أو لم يكن وقدر على الكسب وجب عليه أن ينفق على أولاده، ومن يعول ، إذ القدرة على الكسب تجرى عليه حكم الغنى وتسلبه حكم الفقر.

وإن كان للأب مال لكنه لا يكفيه أولا يزيد عن حاجته فلا يجب عليه نفقة الأولاد عملا بحديث أبى هريرة أن رجلا جاء إلى رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله عندى دينار فقال له: تصدق به على نفسك قال:

---

(١) المصادر السابقة.

(٢) المصادر السابقة .

(٣) بعض الفقهاء يقدمون نفقة الزوجة على نفقة الأبناء إذا لم يسعهما جميعا وبعضهم يسوى بينهما مواهب الجليل ٢١١/٤، المحلى ١٠٠/١٠، ١٠٥، المغنى ٥٩٣/٧، عميرة على شرح المحلى ٨٤/٤.

عندى آخر، قال : تصدق به على ولدك، قال : عندى آخر قال: تصدق به على زوجك"[1].

فقد بين الحديث أن الانسان يقدم نفسه بالنفقة على غيره فإن فضل عنده شئ بعد نفقة نفسه ينفقه على غيره من الأولاد والزوجة والقرابات الأخرى.

ثم إن هذه النفقة مواساة فلا تجب على محتاج كالزكاة.

الإسلام:

ليس من شروط وجوب النفقة للولد على أبيه اتحاد الدين[2] أو إسلامهما ، فتجب النفقة للابن الذى أعطى حكم الإسلام بإسلام أمه على أبيه غير المسلم وذلك لعموم الأدلة الموجبة للنفقة حيث لم تفرق، ولوجود الموجب وهو البعضية، إذ الولد بعض أبيه وجزءه وهذا لا يختلف باختلاف الدين فلا يختلف الحكم المتعلق به.

وعن أحمد فى رواية[3] لا تجب مع اختلاف الدين لأنها مواساة على سبيل البر والصلة فلم تجب مع اختلاف الدين كأداء زكاته إليه وإرثه منه.

---

(١) الحديث سبق تخريجه.

(٢) البدائع ٣٦/٤، المواهب ٢١١/٤، الاقناع ١٨٦/٢، المحلى على المنهاج مع قليوبى ٨٤/٤، السيل الجرار ٤٥٧/٢، حاشية ابن عابدين ٦٨٣/٢، المبدع فى شرح المقنع ٢٢٠/٨.

(٣) المبدع فى شرح المقنع ٢٢٠/٨.

المطلب الثالث

مقدار النفقة

إذا وجبت نفقة الولد على أبيه أو من تلزمه النفقة فهل هى مقدرة بشئ معين أو بقدر الكفاية من غير أن يكون هناك حد؟

وللإجابة على ذلك نقول:

لم يوجد بين الفقهاء خلاف فى أن نفقة الابن الواجبة على أبيه غير مقدرة بل المعتبر فيها هو ما يكفيه من الخبز والادم[1] بقدر العادة، وكذلك الكسوة والسكنى اللائقين به وكذلك أجر الطبيب وثمن الأدوية[2].

فلما كانت الحاجة تختلف باختلاف السن والرغبة ونحو ذلك لم نوجب قدرا لازما لا يتعداه واعتبرنا حال الكفاية، غير أنه إن كان الأب موسرا فإنه يؤمر بالتوسيع عليه فى النفقة وإن كان مضيقا عليه فبحسب قدرته واستطاعته قال تعالى : ﴿ **لينفق ذو سعة من سعته** ﴾ [3] والفرق بين أهل السعة والضيق وبين أهل الفقر والشدة لا يخفى على أحد فى كل عصر ومصر.

---

(١) ويمكن دفع قيمة ذلك من النقد بل هو الأولى ـ يراجع تكملة المجموع ١٤٨/٢٠، البحر الرائق ١٩٠/٤، ١٩١، حاشية المدنى على كنون ٢٧٣/٤.

(٢) المبسوط ١٨٥/٥، الاقناع ١٨٦/٢، ١٨٧، المغنى ٥٩٥/٧، السيل الجرار ٤٤٨/٢، قليوبى وعميرة على شرح المحلى ٨٥/٤ تكملة المجموع للمطيعى ٢٠٧/٢٠.

(٣) بعض آية ٧ من سورة الطلاق.

وإنما اعتبرنا حال الكفاية فى نفقة الابن عملا بما روى عن النبى ﷺ أنه قال لهند : " خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف "[1] حيث قدر نفقتها ونفقة ولدها بالكفاية من غير أن يحد فى ذلك قدرا لا تتعداه.

ثم إن هذه النفقة وجبت للحاجة ولدفع المواساة فقدرت بما يندفع به، وهو مقدار الكفاية.

المطلب الرابع
دفعها للحاضنة

إذا كانت نفقة المحضون واجبة على أبيه فهل يدفعها إلى من يحضنه أم يكفى أن يطعمه عنده؟

يرى بعض المالكية[2] أن الأب إن شكى ضياع نفقة ابنه فأراد أن يطعمه ويعلمه وتكون الحضانة لأمه أو من يقوم مقامها أن له ذلك حيث جعلوا الحضانة أن يأوى إليها وتباشر سائر أحواله مما لا يغيب عليها من نفقته، وفرق بعضهم بين المؤسر وغيره حيث ألزموا الموسر بدفع نفقة ولده إلى الحاضنة أما غيره فإن أدعى أنه لا يقدر على دفعها وطلب أن يطعم ولده عنده وتبين صدق قوله فإن له ذلك، وإن تبين أنه غير صادق وأنه يريد الإضرار بالحاضنة لم يمكن من ذلك وتدفع النفقة للحاضنة، والأصح وهو الذى عليه الجمهور وهو المشهور عند

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) مواهب الجليل والتاج والإكليل ٢١٩/٤، ٢٢٠.

المالكية[1] أن لمن كان الولد فى حضانته من أم أو غيرها أن تـأخذ ما يحتاج إليه الولد من نفقة وكسوة وغطاء ووطـاء وأن علـى الأب أن يدفعها إليها[2] لأنها أرفق بالأولاد، وإن قال الأب إنها لا تنفق وتضيـق عليهم لا يقبل قوله لأنها أمينة ودعوى الخيانة على الأمين لا تسمع بغـير حجة ولا يحق له أن يطعم الولد عنده ولا يجاب إلى ذلك إن طلب ولـو سلم الحاضن له بذلك، لأن فى هذا الفعل ضـرر علـى الولـد، وعلـى الحاضنة أيضا، إذ الأطفال لا ينحصر الوقت الذى يأكلون فيـه وأكلـهم متفرق، ثم إنه يؤدى إلى الإخلال بصيانتهم فمنع منه لذلك.

(١) المبسوط ١٨٥/٥، المدونـة ٣٦٢/٢، ٣٦٥، المواهـب والتـاج ٢١٩/٤، ٢٢٠، المغنـى ٦١٢/٧، البحر الرائق ٢١٦/٤،٢٢٠.

(٢) ويقدر قبض النفقة بالاجتهاد من الحاكم على الأب بالنظر لحاله من يوم أو جمعة أو شـهر، ومن أعيان أو أثمان وبالنظر لحال الحاضنة من قرب المسكن من الأب وبعده وأمنه وخوفه ، يراجع الشرح الكبير مع الدسوقى ٥٣٣/٢.

المطلب الخامس

ضمان النفقة

إذا قبضت الحاضنة نفقة الولد ثم ادعت ضياعها، فإنها تضمنها[1] إلا لبينة على الضياع من غير سببها فلا تضمن، لأنها لم تقبضها لحق نفسها ولا هى متمحضة للأمانة بل أخذتها لحق المحضون فتضمنها كالرهان والعوارى.

المطلب السادس

حبس الأب فى نفقة الصغير

إذا وجبت نفقة الولد على أبيه لتوافر شروطها فامتنع من دفعها إلى الحاضنة أو امتنع من الإنفاق عليه كان للقاضى أن يحبسه فيها[2] لأن فى النفقة دفع الهلاك عن الولد[3]، ولأنها تسقط بمضى الزمان فلو لم يحبس سقط حق الولد رأسا فكان فى حبسه دفع الهلاك واستدراك الحق عن الفوات، لأن حبسه يحمله على الأداء.

والأصح أنه ليس فى ذلك مدة مقدرة لأن الحبس للاضجار وذلك مما تختلف فيه أحوال الناس عادة فالرأى فيه إلى القاضى، وقيل يعاقب

---

(١) الشرح الكبير مع الدسوقى ٥١٣/٢، ٥١٤، الفواكه الدوانى ١٠٤/٢.

(٢) حاشية ابن عابدين ٦٨٧/٢، المبسوط ٢٢٤/٥، ٥٢٢، منحة الخالق مع البحر الرائق ٢٣٥/٤، الحاوى الكبير ٤٩٩/١١.

(٣) إذ لو لم ينفق عليه لهلك فكان هو بالامتناع من الإنفاق عليه كالقاصد إهلاكه فدفع قصده بالحبس، البدائع ٣٨/٤.

بالضرب[1] ولا يحبس لأن هذا الحق لا يستدرك بالحبس لأنه يفوت بمضى الزمن فيستدرك بالضرب وكل من وجبت عليه النفقة فامتنع عوقب بذلك.

المطلب السابع

من تجب عليه النفقة عند موت الأب أو إعساره

سبق أن ذكرنا أن نفقة الابن واجبة على أبيه لا يشاركه فيها أحد متى توفرت الشروط السابقة أما عند عدم وجود الأب أو كونه معسرا وغير قادر على الكسب فقد اختلف فيمن تجب عليه نفقة الصبى على عدة آراء:-

١- ذهب الحنفية[2]:

إلى التفريق بين حال الإعسار بالنفقة وحال موت الأب.

فعند إعساره بالنفقة تؤمر الأم إن كانت مؤسرة بأن تنفق من مالها على الولد ويكون ذلك دينا على الأب إذا أيسر، فإن لم تكن أم ووجد جد أو عم فإنه يؤمر بالنفقة على أن يرجع بها على الأب عند يساره لأن استحقاق النفقة على الأب ولكن الإنفاق لا يحتمل التأخير فيقام مال الغير مقام ماله فى أداء مقدار الحاجة منه على أن يكون ذلك دينا عليه إذا أيسر، وإن اجتمع أم وجد موسرين قدمت الأم لأنها أقرب إلى الصغير، هذا إذا لم يكن الولد قادرا على الكسب ولم يكن له مال وإلا كانت النفقة فى ماله أو يؤمر بالكسب والإنفاق على نفسه.

---

(١) البدائع ٣٨/٤.

(٢) المبسوط ٢٢٣/٥، ٢٢٧، البدائع ٣٢/٤، ٣٣، حاشية ابن عابدين ٦٧٢/٢، ٦٧٣.

أما فى حالة موت الأب، فإن لم يوجد إلا واحد ممن تجب عليهم النفقة[1] كانت كل النفقة عليه متى استجمع شرائط الوجوب، وفى حالة اجتماع أكثر من واحد ممن تجب عليهم النفقة يقدم الأقرب فى قرابة الولادة ، ولو كان كل منهم وارثا، فإن لم يمكن الترجيح قسمت النفقة عليهم على قدر ميراثهم، أما فى قرابة الرحم فيقدم بقوة القرابة فإن استوو قدم بقوة الميراث، فإن كان أحدهما وارثا والآخر غير وارث كانت النفقة على الوارث فقط، وإن كانا وارثين كانت النفقة عليهما على قدر الميراث[2].

وعلى هذا فعند موت الأب ولم يوجد إلا واحد فقط ممن تجب عليه النفقة تحملها كاملة كان جدا أو أما أو أخا أو عما .. .. الخ.

أما إن تعدد فإن اجتمع جد وأم كانت النفقة عليهما على قدر ميراثهما، الأم الثلث والجد الثلثان لعدم إمكان الترجيح، وإن كان له أم وأخ شقيق أو لأب كانت النفقة عليهما اثلاثا على قدر ميراثهما.

وإن كان له جد وجدة كانت النفقة على قدر ميراثهما لاستوائهما فى القرابة والميراث.

وإن كان له عم وعمة كانت النفقة على العم فقط لأنهما استويا فى القرابة المحرمة للقطع وترجح العم بكونه وارثا.

---

(١) تجب النفقة عند الحنفية على كل ذى رحم محرم لأن سبب وجوبها هو القرابة المحرمة للقطع، البدائع ٣١/٤.

(٢) وهذا التفريق بين المعسر والميت إنما هو على ظاهر المتون والمصحح أن المعسر يجعل كالميت، فعند اجتماع الأم والجد تكون النفقة عليهما اثلاثا، حاشية ابن عابدين ٦٧٢/٢، ٦٧٣.

وإن كان للولد خال موسر وابن عم موسر فالنفقة على الخال دون ابن العم وإن كان الميراث لابن العم؛ لأن النفقة علـــى ذى الرحــم المحرم وابن العم ليس بمحرم فلا نفقة عليه والخال محرم فكانت النفقـــة عليه.

وقد استدل الحنفية لما ذهبوا إليه بقوله تعالى:﴿ **وعلى المولود لــه رزقهن وكسوتهن بالمعروف** ﴾ حيث علق سبحانه وتعالى وجوب النفقـــة فى قرابة الولادة باسم الولادة أما فى غيرها من الرحم المحرم فلا تجــب بحق الولادة وإنما تجب بحق الوراثة، بقوله تعالى : ﴿ **وعلى الوارث مثل ذلك** ﴾ ففى قرابة الولادة تجب بالقرابة دون نظر إلى الميراث أمـــا فـــى قرابة الرحم المحرم فيجب بقدر الميراث، وإنما قلنا أن المراد بـــالوارث هو ذى الرحم المحرم لا كل وارث عملا بقراءة ابن مســـعود ــ وعلـــى الوارث ذى الرحم المحرم مثل ذلك .

<u>**القول الثانى:**</u>

وذهب إليه الحنابلة فى ظاهر المذهب[١] وبه قال الحسن ومجـــاهد والنخعى وابن أبى ليلى وأبو ثور[٢] أن النفقة تكون على الوارث لا فـــرق فى ذلك بين قرابة الولاد وغيرها.

---

(١) وعن أحمد رواية أخرى ــ أن للصبى المرضع نفقته على الرجال دون النساء ــ العصبـــات ــ وهو قول الأوزاعى لما روى ان عمر حبس عصبة ينفقون علــــى صبـــى الرجـــال دون النساء، المغنى ٥٨٩/٧.

(٢) المغنى ٥٨٩/٧، وما يليها.

وعلى هذا فإن لم يكن للصبى أب كانت النفقة علــى وارثــه فإن كان واحداً فعليه النفقة كاملة، وإن كانا اثنين أو ثلاثة أوأكثر فالنفقــة بينهم على قدر ميراثهم الرجال والنساء فى ذلك سواء، فإن اجتمع أم وجد فعلى الأم الثلث وعلى الجد الثلثان، على قدر ميراثــهما، وإن اجتمــع أم وأخ شقيق فعلى قدر ميراثهما أيضاً وكذا لو اجتمع جدتان فعلـــى قــدر ميراثهما وهكذا.

واستدل الحنابلة لذلك:

بقوله تعالى :﴿ وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بـــالمعروف ﴾ إلى قوله تعالى : ﴿ وعلى الوارث مثل ذلك ﴾ حيث أوجـــب الله علـــى الوالد نفقة الرضاع ثم عطف الوارث عليه فوجب عليه ما وجـــب علـــى الأب.

ملاحظة:

بعد أن ذكرنا ــ آراء الحنفية والحنابلة ومن وافقهم يتبين لنـــا أن كلاهما قريب من الآخر لا يختلفان إلا فى أمرين : الأول: تفريق الحنفيــة بين موت الأب وإعساره.

الثانى: أن الحنابلة لا يوجبون النفقة إلا على الوارث أما ذوى الأرحـــام فلا تجب عليهم نفقة بخلاف الحنفية حيث يقولون بوجوبها على كـــل ذى رحم محرم وإن قدم بها الأقرب عن الأبعد.

القول الثالث: وذهب إليه المالكية[1]:

أن الأب إذا عدم أو أعسر بالنفقة، فلا تجب على أحد بعده من الأقارب ولو موسرين بل يعد الأولاد من فقراء المسلمين، وعلى هذا لا تجبر الأم ولا الجد ولا غيرهما من الأقارب على النفقة على الأبناء وإن استحب لهم ذلك فإن انفقت الأم أو الجد كان ذلك منهما تبرعاً وأمراً مستحباً وليس واجباً.

القول الرابع: وذهب إليه الشافعية [2]:

إذا مات الأب أو أعسر وجبت النفقة على الجد أبى الأب ثم أباؤه وإن علون، يقدم بها الأقرب على الأبعد، فإن لم يوجد من الأجداد أحد كانت واجبة على الأم.

ودليلهم على ذلك:

أ- أن الجد يسمى أباً فيأخذ حكمه عند عدمه ودليل ذلك قوله تعالى :﴿ يا بنى آدم ﴾ [3] حيث سمانا أبناء وسمى آدم أبا وكما فى قوله تعالى : ﴿ ملة أبيكم إبراهيم ﴾ [4] حيث سماه أباً وإن كان جداً بعيداً.

ب- إن الجد يقوم مقام الأب فى الولاية، ويختص دون الأم بالتعصيب فوجب أن يقوم مقامه فى التزام النفقة.

---

(١) المدونة الكبرى ٣٦٢/٢،الشرح الكبير مع حاشية الدسوقى ٥٢٣/٢، التاج والإكليل ٢١٤/٤.

(٢) الحاوى ٤٧٩/١١، وما يليها.

(٣) بعض آية ٢٦ من سورة الأعراف.

(٤) بعض آية ٧٨ من سورة الحج.

أما دليل انتقالها إلى الأم عند عدم الجد وآبائه فقوله تعـــالى: ﴿والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين﴾ [1] حيث أوجب عليها مـــا عجز عنه الأب من الرضاع، فلزم أن يجب عليها ما يعجــز عنــه مــن النفقة لعسرته أو لموته.

وإذا وجد الجد فلم يعجز الأب لقيام الجد مقامه، فلا يجب عليـــها النفقة إلا عند عدم الأب وأباءه أو إعساره.

<u>**الاختيار:**</u>

بعد أن ذكرنا الآراء وما يمكن الاستدلال به لكل رأى فإننى ألاحظ أن من قال بوجوب النفقة على الوارث من الرجال والنساء ومـــن قـــال بوجوبها على العصبة فقط ومن قال بوجوبها على كل ذى رحـــم محـــرم اعتمدوا على عموم قوله تعالى :﴿ **وعلى الوارث مثل ذلك** ﴾ وعلى قراءة ابن مسعود (وعلى الوراث ذى الرحم المحرم مثـــل ذلـــك) وهـــو لا يصلح متمسكا لهم.

أ- أما قراءة ابن مسعود فهى قراءة شاذة فلا يجوز العمل بها وإلا أدى ذلك إلى الطعن فى القرآن.

ب- أما عموم الآية ـــ وعلى الوارث مثل ذلك ـــ فإن أهل التأويل قد اختلفوا فيه اختلافاً كثيراً فحمله ابن عباس على تـــرك المضـــارة أى على الوارث أن لا يضار وعلى هذا فلا غرم على أحد من الورثـــة ولا يلزمه نفقة ولد الموروث.

---

(١) بعض آية ٢٣٣ من سورة البقرة .

وحمله غيره على من يرث الأب فعليه مثل ما كان على الأب من أجر الرضاع.

واختلفوا فى المراد بالوارث فقيل هو من يرث الأب رجلاً كان أو امرأة، وقيل هو من كان ذا رحم محرم للمولود وقيل هو المولود نفسه.

والسبب فى هذا الخلاف هو الخلاف فى الإشارة فى قوله تعالى: ﴿ **وعلى الوارث مثل ذلك** ﴾ ـ فمنهم من رده إلى جميع ما تقدم من إيجاب، النفقة وتحريم الإضرار ومنهم من قال لا يرجع إلا إلى الأخير وهو تحريم الإضرار وعلى هذا يكون لفظ الوارث فى الآية مجملاً فلا يحل حمله على أحد هذه المعانى إلا بدليل فسقط الاستدلال به[1].

أما ما ذهب إليه الشافعية من إقامة الجد مقام الأب وإلزامه بالنفقة فغير مسلم لأن أموال الناس محظورة.

فلا يخرج شئ منها إلا بدليل وما قالوه لا يصلح لإلزام الجد بالنفقة مع وجود الدليل على حرمة الأموال إلا بحقها أما إيجابهم النفقة على الأم بعد الجد واباءه ـ استدلالا بالآية : ﴿ **والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين** ﴾.

فغير مسلم أيضاً لأن الله أوجب لها الأجر مقابل الرضاع ثم بين أن عند التعاسر ترضع له أخرى ولو كان واجباً عليها، ما كان لها أن تمتنع وإذا لم يلزمها الرضاع لم يلزمها النفقة، ثم إنه لا تلازم بينهما.

---

(١) يراجع الجامع لاحكام القرآن للقرطبى ١٠٨٠/١ وما بعدها فتح البارى لابن حجر، ٤٢٤/٩، السيل الجرار ٤٥٧/٢.

ويدل لذلك حديث أم سلمة[1] حيث دل على أن نفقة بنيها غير واجبة عليها إذ لو وجبت لبينها رسول الله ﷺ ولما قالت ولست بتاركتهم، فإنفاقها عليهم كان على سبيل الفضل والتطوع لا على سبيل الإلزام.

وبناء على ذلك فإنى أرى أن القول بعدم لزوم النفقة لغير الأب هو الأولى بالاتباع، وعلى ذلك فإن مات الأب ولا مال للصغير، فإنه يستحب لأقربائه أن ينفقوا عليه يقدم بذلك الأخص به فالأخص والأم أخص به من غيرها فتقدم، فإن لم تفعل أو كانت معسرة فالجد ثم الأخ وهكذا الأقرب فالأقرب فإذا لم يقم به أحد كان على الإمام القيام به من بيت المال.

وإنما استحب لأقربائه القيام به لأن هذه النفقات مما يصدق عليها أنها صلة للأرحام فإذا لم يوجد دليل ينتهض على وجوبها فهى من أفضل القرب وأعظم الطاعات المقربة إلى الله ﷻ.

---

(١) وهو ما روى أنها قالت : يا رسول الله هل لى أجر فى بنى أبى سلمة أن انفق عليهم ولست بتاركتهم هكذا وهكذا إنما هم بنى قال نعم لك أجر ما أنفقت عليهم ، فتح البارى ٤٢٤/٩، السنن لابن ماجة ٥٨٧/١.

المبحث الثانى

رضاع المحضون

إذا كان المحضون رضيعاً فهل تجبر الأم على الإرضاع أم لا ؟

وهل تستحق الأجر على الإرضاع أم لا؟ وعلى من تجب أجـــرة الرضاع؟ هذا ما سنتناوله بالبحث فى هذه المطالب:

المطلب الأول

لا تجبر الأم على الإرضاع إلا فى مسائل

إذا افترق الزوجان وبينهما ولد رضيع فحضنته أمـــه أو غيرهـــا وهو فى حاجة إلى الرضاع فلا تجبر الأم [1] أو غيرها على الإرضـــاع إلا فى ثلاث مسائل:

١- إذا تعينت للارضاع[2].

ولا تتعين للرضاع إلا فى حالتين:

<u>الحالة الأولى :</u> أن لا يوجد غيرها:

---

(١) هذا عند الجمهور أما ابن حزم فيرى أنها تجبر على رضاعه حولين إلا إذا تعاسرت المطلقة مع أبى الصغير فلم يتفقا على الأجر، يراجع المحلى ١٠/١٠٧.

(٢) يراجع البدائع ٤/٤٠، البحر الرائق ٤/٢١٩، التاج والإكليل مع المواهـــب ٤/٢١٣، ٢١٤، الشرح الكبير مع حاشية الدســوقى ٢/٢٢٥، ٢٢٦، تكملـــة المجمــوع ٢٠/٢١٢، المغنـــى ٧/٦٢٥، السيل الجرار ٢/٤٤٠، فتح القدير ٤/٤١٢، التفسير الكبير للرازى ٣/٤١٣، ٤٢٢، مختصر المزنى صـــ ٢٣٤.

فإذا لم يوجد من يرضع الطفل غيرها فإنها تجبر على الإرضاع إذ لو لم تجبر عليه لهلك الولد فكان ذلك موضع ضرورة وحفظاً لنفس الطفل، وما كان كذلك فإنها تجبر عليه.

الحالة الثالثة : أن لا يقبل الطفل غيرها:

فإذا وجد من يرضع الطفل غيرها لكنه لم يقبل ثدى غيرها فإنها تجبر [١] على ارضاعه اما أو غيرها[٢]وسواء أمكن تغذيته بالدهن وغيره من المائعات أو لا، لأن فى ذلك تعريض الطفل للموت إذ قصر الرضيع الذى لم يأنس الطعام على الدهن وغيره يكون سبباً فى تمريضه وموته.

٢- إذا كان الطفل وأبوه معدمين:

فإذا لم يكن للولد والوالد مال يستأجر منه من يرضعه فإن الأم تجبر على إرضاعه[٣] وسواء فى ذلك أن يوجد غيرها أو لا يوجد أن يقبل الصبى ثدى غيرها أو لا يقبل.

---

(١) ويرى بعض الحنفية أنها لا تجبر بل يغذى الطفل بالدهن وغيره من المائعات فلا يضيع. رد المحتار ٦٧٥/٢، البحر الرائق ٢١٩/٤.

(٢) إذا لم يوجد للرضيع أما ووجد غيرها كالظئر ولم يقبل الطفل غيرها فإنها تجبر على رضاعة ابتداء وقيل على استدامة رضاعه ، رد المحتار ٦٧٥/٢، البحر الرائق ٢٢٠/٤.

(٣) بلبنها إن كان لها لبن أو تستأجر من يرضعه من مالها إن كان لها مال، ولا ترضع بالأجرة على الأب أو الصبى، إذا أيسر عند المالكية سواء كانت أرضعته أو استرضعت له من مالها لأنها أسقطت عنهما بعدمهما، وعند الحنفية تجعل الأجرة دينا ترجع بها الأم على من أيسر منهما، منحة الخالق مع البحر الرائق ٢١٩/٤، ٢٢٠، رد المحتار ٦٧٥/٢، الدسوقى والشرح الكبير ٢٢٥/٢، مواهب الجليل ٢١٤/٤.

٣- يجب على الأم ارضاعه ألليا[١].

ينفرد الشافعية [٢] عن بقية الفقهاء فى القول بأن على الأم ارضاع ولدها اللبا ــ أول اللبن ــ سواء كانت متعينة للارضاع أم لا ، كان للولد والوالد مال أو لم يكن لهما مال، لأن الولد لا يعيش بدونه غالباً، أو أنــه لا يقوى ولا تشتد بنيته إلا به.

أما فيما عدا هذه المسائل فإن الأم لا تجبر على الإرضاع خاصــة إذا لم تكن فى عصمة الزوج[٣] عند الجمهور من أهل العلم [٤] حتى قــال ابن قدامة [٥] لا نعلم فى عدم اجبارها على ذلك إذا كانت مفارقة خلافــاً، لكن ذكر الماوردى الخلاف فى ذلك عن أبى ثور وابن حزم[٦].

حيث يريان وجوب الإرضاع على الأم مطلقاً كانت فى العصمــة أو لا .

---

(١) أللبا بهمز وقصر ــ غير ممدود ــ وهو اللبن النازل أول الولادة ومدته يسيرة وغير مقــدرة بزمن فيرجع فيها لأهل الخبرة وقدرها البعض بثلاثة ايام ــ الاقناع ١٨٧/٢، قليوبى علــى شرح المحلى ٨٦/٤.

(٢) المصدرين السابقين نفس الصفحات.

(٣) أما التى فى عصمة الزوج ــ ولو مطلقة طلاقا رجعياً لا تزال فى العدة ــ فعند الجمــهور لا تجبر ، وعند أبى ثور وابن أبى ليلى وابن حزم تجبر.، وعند المالكية إن كــانت شــريفة لا تجبر وإن كانت دنية تجبر ، رد المحتار ٦٧٥/٢، الدسوقى والشرح الكبــير ٥٢٥/٢ ، ٥٢٦ الحاوى ٤٩٥/١١ ، ٤٩٦،المغنى ٦٢٧/٧، المحلى ١٠٧/١٠ ، أحكام القــرآن للجصــاص ٥٥٠/١.

(٤) المصادر السابقة.

(٥) المغنى ٦٢٧/٧.

(٦) الحاوى ٤٩٥/١١، تكملة المجموع ٢١٠/٢٠، المحلى ١٠٧/١٠.

ويستدلا لذلك بقوله تعالى : ﴿ **والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين** ﴾ [١].

فذلك أمر والأمر يقتضى الوجوب، وما وجب صح فيه الإجبار ولو لم تتعين.

وما ذهب إليه الجمهور هو الأرجح لقوله تعالى : ﴿ **وإن تعاسرتم فسترضع له أخرى** ﴾ [٢] ومعناه إن أبت الأم أن ترضع استأجر لولده أخرى، ومعنى تعاسرتم تضايقتم وتشاكستم فليسترضع لولده غيرها وهو خبر فى معنى الأمر.

ولقوله تعالى :﴿ **فإن أرضعن لكم فأتوهن أجورهن** ﴾ [٣] فهذا من ألفاظ التخيير، ومع التخيير يسقط القول بالإجبار.

أما ما استدل به أبو ثور وابن حزم فهو محمول على الإخبار حيث أنه يخرج مخرج الخبر لا الأمر.

---

(١) بعض آية ٢٣٣ من سورة البقرة .

(٢) بعض آية ٦ من سورة الطلاق.

(٣) بعض الآية ٦٠ من سورة الطلاق.

المطلب الثانى

طلب الأجر على الإرضاع[1].

إذا أرضعت الحاضنة الولد ــ فهل لها طلب الأجر على ذلـــك ؟ علمنا مما تقدم أن الأم لا تجبر على إرضاع ولدها خاصة التى ليست فى عصمة الزوج[2]، فإن أرادت إرضاعه فلا يخلوا ذلك من ثلاثة أحوال:

الأول :

أن تطلب إرضاعه متطوعة بغير أجر فتكون أحق بإرضاعـــه[3] من غيرها، وسواء وجد الأب من يرضعه بغير أجرة أولا ، فلا يحق لـــه انتزاعه منها.

ودليل ذلك قوله تعالى : ﴿ **والوالدات يرضعن أولادهـــن حوليـــن كاملين** ﴾ .

(١) ينبغى أن يعلم أن أجرة الرضاع غير نفقة الولد ، فإذا استأجر الأم للإرضاع لا يكفى عـــن نفقة الولد، لأن الولد لايكفيه اللبن بل يحتاج معه إلى شئ آخر كما هو المشـــاهد خصوصـــاً الكسوة فيقرر له القاضى نفقة غير أجرة الإرضاع وغير أجرة الحضانة. فعلى هذا تجب على الأب ثلاثة أجرة الرضاع وأجرة الحضانة ونفقة الولد ، البحر الرائق ٢٢٢/٤.

(٢) الأم التى فى عصمة الزوج لا تستحق الأجرة على الرضاع، لأنها تستحق النفقة على الزوج وأجرة الرضاع بمنزلة النفقة فلا تستحق نفقتين ــ البدائع ٤١/٤، رد المحتار ٦٧٥/٢.

(٣) البدائع ٤٠/٤، الدسوقى مع الشرح الكبير ٥٢٦/٢، الحـــاوى ٤٩٦/١١، المغنـــى ٦٢٩/٧، تكملة المجموع ٢١١/٢٠، السيل الجرار ٤٤١/٢، أحكام القرآن للجصاص ٥٥٠/١، مختصر المزنى صـــ ٢٣٤.

ولما روى عن النبى ﷺ أنه قال :" لا تؤله والدة عن ولدها "[١] دل الحديث على حرمة ذلك للنهى عنه وفى نزع الولد منها توليه لها فكان حراماً.

ولأن الأم أحن عليه وأشفق ، ولبنها أدر عليه وأوفر، ولأنه يستمرئه أكثر من استمراء غيرها، ولأن فى انتزاع الولد منها أضرارا بها وأنه منهى عنه بقوله تعالى : **﴿ لا تضار والدة بولدها ﴾** أى لا يضارها زوجها بانتزاع الولد منها وهى تريد إمساكه وإرضاعه.

الثانى :

أن تطلب رضاعه بأكثر من أجرة المثل.

إذا طلبت الأم ارضاعه بأكثر من أجر المثل ووجد الأب من ترضعه بأجر مثلها أو متبرعة فقد اختلف الفقهاء فى ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: وذهب إليه الحنفية [٢].

أن للأب أن يسترضع لولده غيرها ولا يلزمه دفع الأجرة الزائدة، لكنه لا ينزع من الأم[٣]، لأن حق الحضانة لها فلا يملك الأب إبطاله،

(١) الحديث فى سنن البيهقى ٥/٨، نصب الراية ٢٦٦/٣، التلخيص الحبير ١٥/٣.

(٢) المبسوط ٢٠٨/٥، البحر الرائق ٢٢١/٤.

(٣) والظاهر أن كل من تثبت لها الحضانة لها حكم الأم فلا ينزع الطفل منها وإنما يأتى بالمرضعة لترضعه عندها، رد المحتار ٦٧٥/٢.

وعلى هذا فإن الأب يأتى بمرضعة لأبنه بأقل مما طلبت الأم ترضعه عند الأم[1].

<u>ودليل ذلك:</u>

أن لكل من الأب والأم حق وقد تعارض الحقان ولا يمكن الجمع بينهما إلا بذلك.

أما الأب فحقه أن لا يجبر على دفع الزيادة التى تطلبها الأم، وأما الأم فحقها فى الحضانة وأن لا تخرج الولد عنها والله يقول : ﴿ **لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده** ﴾ وقد أمكن الجمع بين الحقين بعدم نزع الولد من أمه وعدم إلزام الأب بتلك الزيادة بما قلنا فوجب المصير إليه.

<u>القول الثانى :</u>

وذهب إليه الشافعية والحنابلة والزيدية[2].

أنها إذا طلبت أكثر من أجر المثل تسقط حضانتها[3] فيكون الأب أحق بالولد ليسترضع له غيرها بأجر المثل أو أقل.

---

(1) لا يلزم المرضعة أن تمكث عند الأم بل لها أن ترضعه ثم تعود إلى دارها، كما لها أن تطلب إخراجه إلى فناء الدار لترضعه فيه، رد المحتار ٦٧٥/٢.

(2) الحاوى ٤٩٦/١١، الاقناع ١٩٦/٢، المغنى ٦٢٨/٧، ٦٢٩، الكافى لابن قدامة ٣٨٠/٣، السيل الجرار ٤٤١/٢.

(3) يرى المالكية والشافعية أن الأم إن امتنعت من الإرضاع فلا حضانة لها كان لها لبن أولا ، والظاهر وبه قال الحنابلة أنها لا تسقط حضانتها إلا إذا كان لها لبن وامتنعت عن الإرضاع، أما إذا لم يكن لها لبن فلا تسقط حضانتها، وعند الحنفية لا يسقط حقها فى الحضانة مطلقا، يراجع : رد المحتار ٦٧٦/٢، الاقناع ١٩٦/٢،المغنى : ٣٢٩/٧، مواهب الجليل ٢١٤/٤.

أما أحقية الأب به فلقوله تعالى : ﴿ وإن تعاسرتم فسترضع له أخرى ﴾ ومعنى تعاسرتم اختلفتم، والأم بطلبها أكثر من أجرة المثل قد تعاسرت فجاز للأب أن يعدل به عنها إلى غيرها وأما سقوط حقها فى الحضانة فلأنها قد اشتطت بطلب ما ليس لها فدخلت فى عموم قوله تعالى : ﴿ فسترضع له أخرى ﴾ ولأن ما لا يوجد بثمن المثل فهو كالمعدوم.

القول الثالث: وذهب إليه المالكية [١].

أن الأم أحق برضاعه وترد إلى أجر مثلها.

فإن طلبت أن ترضعه بأكثر من أجر المثل ـ بمائة مثلاً ـ ووجد الأب من يرضعه بخمسين ـ أقل من أجر المثل ـ فإن الأم تكون أحق برضاعه بأجر مثلها لا بالخمسين التى طلبتها الأم .

وهذا هو ما أميل إليه وأرجحه ، لما فيه من التوفيق بين جميع الحقوق، حق الأب فى أن لا يلزمه أكثر من أجل المثل، وحق الأم فى أن لا يفارقها ولدها، وحق الولد فى أن يرضع من لبن أمه.

فإن أبت أن ترضعه إلا بأكثر من ذلك فإن للأب أن يسترضع له لكن لا يسقط حق الأم فى الحضانة بل يسترضع له من ترضعه عند أمه كما هو قول الحنفية.

---

(١) مواهب الجليل ٤/٢١٤.

الثالث: أن تطلب رضاعه بأجر المثل:

إذا طلبت الأم ــ وكانت حاضنة للولد ــ أن ترضعه بأجر المثل فلا يخلو ذلك من أحوال ثلاثة :

أ- أن يجد الأب من يرضعه بأجر المثل أو أكثر:

وفى هذه الحالة تكون الأم أحق برضاعه من غيرها اتفاقاً[1].

لأن حق الإرضاع لها بقوله تعالى : ﴿ **والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين** ﴾.

وقوله تعالى : ﴿ **فإن أرضعن لكم فأتوهن أجورهن** ﴾.

فإذا لم يجد الأب من ترضعه بأقل مما ترضعه به الأم لم يكن له أن يحوله عنها، لأنه يكون بذلك مضاراً لها ومفوتاً لحقها حيث رضى بدفع مقدار إلى الأخرى ولا يرضى بدفع مثل ذلك إلى الأم.

ثم أن الأم استوت مع الأجنبية فيما طلبته من أجر، وامتازت الأم عنها بفضل الحنو والشفقة ولبنها أمرأ للولد من لبن غيرها فكانت أحق.

ب – أن يجد الأب من يرضع الطفل مجاناً:

إذا طلبت الأم أجر المثل وقال الأب[2] إنه وجد من ترضعه بغير أجر فقد اختلف الفقهاء فيمن يكون أحق بالولد؟ الأم أم الأب؟

وخلافهم يتمثل فى الآتى:

---

(١) المبسوط ٢٠٨/٥، التاج والإكليل ٢١٤/٤،الحاوى ٤٩٧/١١، المغنى ٦٢٨/٧، ٦٢٩، الكافى لابن قدامة ٣٨٠/٣، السيل الجرار ٤٤١/٢، شرح منتهى الارادات ٢٦٣/٣.

(٢) ويصدق الأب بيمينه فى وجود المتبرعة أو التى ترضع بأقل من أجر المثل ــ حاشية قليوبى على شرح المحلى ٨٦/٤، تكملة المجموع ٢١٣/٢٠مختصر المزنى صــ ٢٣٤.

١- ذهب الحنفية والشافعية فى الأظهر[١]:

إلى أن الأب يكون أحق برضاعه لقوله تعالى : ﴿ **وإن تعاسرتم فسترضع له أخرى** ﴾ ولأنه لا يلزمه التزام المؤنة مع دفع حاجة الولد بدونها، ولأن فى إلزامه بما تطلبه الأم أضرار به والله يقول : ﴿ **لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده** ﴾ إلا أن عند الحنفية لا ينزع الطفل من أمه فتأتى المرضعة ـ المتبرعة ـ فترضعه عند أمه .

أما عند الشافعية فينزع من الأم وتسقط حضانتها بذلك كما سبق.

٢- وذهب المالكية[٢] والشافعية فى مقابل الأظهر ، والحنابلة والزيدية[٣].

أن الأم أحق برضاعه بأجر المثل، لأن الله جعل الحق فى الإرضاع لها، كما جعل لها الأجر عليه بقوله : ﴿ **فإن أرضعن لكم فأتوهن أجورهن** ﴾ حيث أوجب لها الأجر على الإرضاع من غير فرق بين أن يجد الأب من ترضع الولد غيرها متبرعة أو بأقل من أجر المثل فلا يسقط حقها، ثم إنها أشفق على الولد وأحنى من غيرها، كما أن رضاعها أحظ للولد وأدر عليه وأمرأ فصارت به أحق.

---

(١) المبسوط ٥/٢٠٨، البدائع ٤/٤١، شرح المحلى على المنهاج ٤/٨٦، الحاوى ١١/٤٩٧.

(٢) هذا إن قال عندى من ترضعه عندى مجاناً بالاتفاق وكذلك لو قال عندى من ترضعه عند أمه مجاناً، يراجع حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ٢/٥٢٦.

(٣) الحاوى ١١/٤٩٧، شرح المحلى ٤/٨٦، المغنى ٧/٦٢٨، ٦٢٩، الكافى ٣/٣٨٠، السيل الجرار ٢/٤٤١، شرح منتهى الارادات ٣/٢٦٣.

وهذا هو ما أميل إليه وأرجحه لما فيه من رعاية حق الأم وحق الولد، أما أن الأب يلزمه المؤنة مع دفع حاجة الولد بدونها، فلأن الله ألزمه بذلك بقوله : ﴿ **فإن أرضعن لكم فأتوهن أجورهن** ﴾ .

جـ- أن يجد الأب من يرضعه بأقل من أجر المثل:

فقد اختلف الفقهاء فى من يكون أولى منهما بإرضاعه على النحو التالى :

١- ذهب المالكية والحنابلة والزيدية[١].

إلى القول بأن أمه أحق به بأجر المثل، لأن الله جعل الرضاع لها وجعل لها الأجر على ذلك بقوله : ﴿ **فإن أرضعن لكم فأتوهن أجورهن** ﴾ وهى لم تطلب أكثر من أجر المثل فكانت غير مضارة، فلا يسقط حقها فى الإرضاع، وإن وجد الأب من يرضعه بأقل فلم تكن مضارة فى طلب أجر مثلها فكانت أحق برضاع الولد.

ولقوله تعالى : ﴿ **والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين** ﴾ ولأن الأم أحنى عليه وأشفق فكانت أحق من غيرها.

٢- وذهب الحنفية [٢]:

إلى القول بأن الأب أحق بالولد يسترضع له من يجدها بأقل من أجر المثل.

---

(١) الدسوقى والشرح الكبير ٥٢٦/٢، الكافى لابن قدامة ٣٨٠/٣، المغنى ٦٢٧/٧، السيل الجرار ٤٤١/٢.

(٢) المبسوط ٢٠٨/٥، البدائع ٤١/٤، المغنى ٦٢٨/٧.

لأن الأب لا يلزمه التزام المؤنة مع دفع حاجة الولد بدونها.

ولأن الله جعل له الحق فى أن يسترضع غيرها عند التعاسر بقوله : ﴿ وإن تعاسرتم فسترضع له أخرى ﴾.

والأم لم ترضى إلا بأجر المثل والأب لا يرضى بأن يدفع ما تطلبه الأم من زيادة فكانا متعاسرين فيجوز له الإرضاع.

٣- أما الشافعية فيقولون ينظر إلى قدر نقصان الأجرة[١].

فإن كان بقدر زيادة الإدرار وفضل الاستمراء كانت الأم أحق لأن نقصان الأجر يعتبر فى مقابلة نقصان اللبن وتترجح الأم بفضل الحنو.

أما إن كان النقصان عن أجر المثل أكثر من فضل الادرار والاستمراء فقولان:

<u>الأول:</u>

أن الأب أحق فيسترضع له أخرى.

<u>الثانى:</u>

أن الأم أحق لقوله تعالى : ﴿ والوالدات يرضعن أولادهن ﴾.

<u>الاختيار:</u>

والذى أميل إليه من هذه الأقوال هو أن الأم أحق به بأجر المثل ولو وجد من ترضعه مجانا أو بأقل لأن الله جعل الرضاع للأم بقول : ﴿ والوالدات يرضعن أولادهن ﴾ وأمر بإعطائهن الأجر على الرضاع

---

(١) الحاوى ١١/٤٩٧.

بقوله: ﴿ فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن ﴾ من غير فصل بين أن يكون هناك من يرضع مجانا أو بأقل من أجل المثل، ولأنها في طلب أجر المثل ليست متعاسرة بل هى تطلب حقا أعطاها الله إياه فكان إرضاع الأجنبية مع وجودها تفويتا لحقها في الرضاع وحقها في الحضانة، كما أن فيه إضرارا بالولد فلم يجز.

المطلب الثالث

على من يجب أجر الرضاع

مما لا خلاف عليه أن الرضيع إن كان له مال ـ من ميراث أو هبة ونحو ذلك فإن أجر رضاعه يكون فى ماله[1]، قياسا على نفقته أثناء الرضاع وبعدها، حيث تكون فى ماله بالاتفاق فكذا أجر رضاعه وسواء كانت مرضعته هى الأم أو أجنبية.

أما إذا لم يكن له مال فإن أجر رضاعه على أبيه إن كان موسرا ولا يشاركه فى ذلك أحد[2].

١- ودليل ذلك قوله تعالى : ﴿ **وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف** ﴾.

وقوله تعالى : ﴿ **فإن أرضعن لكم فأتوهن أجورهن** ﴾ .

(١) رد المحتار على الدر المختار ٦٧٦/٢،البحر الرائق ٢٢٢/٤ الشرح الكبير مع الدسوقى ٥٢٥/٢، ٥٢٦، الفواكه الدوانى ١٠١/٢، المواهب والتاج ٢١٣/٤، ٢١٤، الاقناع ١٨٧/٢، تكملة المجموع ٢١٠/٢٠، المغنى ٥٨٢/٧، ٥٨٤، ٦٢٧، المحلى ١٠٦/١٠.

(٢) المصادر السابقة نفس الصفحات، المبسوط ٢٠٨/٥، أحكام القرآن للجصاص، ٥٥٠/١.

حيث يستفاد من الآيتين وجوب أجر الرضاع علـــى الأب فالآيــة الأولى توجب عليه نفقة المرضعة[1] لأجل الولد، فوجب عليه أجر رضاعه من باب أولى.

أما الآية الثانية ففيها أمر للآباء بإيتاء أجر الرضاع بعد الطـــلاق فدل على أن نفقة الرضاع كلها على الأب.

٢- أما دليل ذلك من المعقول فهو :

أن بعد الفرقة بين الزوجين لا يكون الرضاع مستحقا علـى الأم لا دينا ــ بالكسر ــ ولا دينا ــ بالفتح ــ ثم إن النفقة بعد الفطام علـى الأب لا يشاركه فيها أحد بأعتبار أن الولد جزء منه والانفاق عليــه كالانفــاق على نفسه، فكذلك قبل الفطام تكون مؤنة الرضاع عليه.

تسليم الاجر إلى المرضعة:

إذا ثبت أن أجر رضاع الصبى فى ماله إن كان له مـــال أو فــى مال الأب إن كان موسرا، فإن هذا الأجر يسلم إلى من ترضعه[2] ســواء كانت حاضنة له أم لا لقوله تعالى : ﴿ فإن أرضعن لكم فأتوهن أجورهن﴾ حيث أوجب الله ذلك بقوله فأتوهن بصيغة الأمر وهى للوجوب، ثـــم إن ذلك أجرا ملكته عليه بالإرضاع فلزمه تسليمه إليها كسائر الأجـــور ولا

---

(١) هذا فى حال قيام الزوجية ــ أو بقاء العدة، أما بعد البينونة فلا نفقة لها، فوجب لها عليه أجر الرضاع لأن إلزامها به مجانا مع عجزها وانقطاع نفقتها عن الأب مضارة لها فساغ لها أخـذ الأجرة بعد البينونة، حاشية ابن عابدين ٦٧٥/٢.

(٢) يقول ابن عابدين ناقلا عن الخصاف، ٦٧٦/٢ ، فإن أنقضت عدتها وطلبت أجر الرضـــاع فهى أحق به وينظر القاضى بكم يجد إمرأة غيرها فيأمر بدفع ذلك إليها لقوله تعالى : ﴿ فـــإن أرضعن لكم فأتوهن أجورهن ﴾.

تسقط بموته بل تجب لها فى تركته وتشارك غرماءه فهى كغيرها من أصحاب ديونه[(١)].

ومدة الرضاع التى تستحق عليها الأجرة حولان [(٢)]، فإن أرضعته أكثر من حولين لم تستحق أجرة على الزائد وإنما تستحق الأجرة على إرضاعها له فى حوليه إلا أن يتراضى الأبوان على الزيادة أو النقصان فيعمل على تراضيهما، فإن اختلفا عمل على تقديره بالحولين شرعا لقوله تعالى : ﴿ **والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة** ﴾.

من يجب عليه رضاعه عند موت الأب أو إعساره:

إذا أعسر الأب ولم يكن للصبى مال فإن الأم تجبر على إرضاعه[(٣)] إلا أن المالكية يقولون لا ترجع بالأجر ــ سواء أرضعته بنفسها أو استأجرت من يرضعه ــ على الأب أو الصبى إذا أيسر[(٤)].

أما الحنفية فيقولون تكون الأجرة دينا على الأب[(٥)] ترجع بها إن أيسر.

أما إذا مات الأب فقد اختلف الفقهاء فى من يجب عليه أجر رضاعه كاختلافهم فى من تجب عليه نفقته عند موت الأب وقد سبق بيان

---

(١) البحر الرائق ٢٢١/٤، حاشية رد المحتار ٦٧٦/٢، المغنى ٦١٢/٧.

(٢) التفسير الكبير للرازى ٤١٤/٣، رد المحتار ٦٧٦/٢، تكملة المجموع ٢١٠/٢٠.

(٣) هذا عند الحنفية والمالكية أما عند الشافعية فلا تجبر على الإرضاع ويسترضع له وأجر رضاعه على من تلزمه نفقته، تكملة المجموع ٢١٠/٢٠.

(٤) الدسوقى والشرح الكبير ٥٢٦/٢، مواهب الجليل والتاج ٢١٤/٤.

(٥) منحة الخالق على البحر ٢٢٠/٤.

ذلك [1] إلا أن المالكية يوجبون عليها الإرضـــاع ســـواء مـــات الأب أو أعسر ولم يكن للصبى مال ولا يوجبون عليها النفقة.

(١) يراجع صـــ وما يليها من هذا البحث كما يراجع التاج والمواهب ٢١٤/٤.

المبحث الثالث

أجرة الحضانة والمسكن [١]

المطلب الأول

أجرة الحضانة

إذ طالبت[٢] الحاضنة بالأجرة لحضانتها للولد فهل تستحق ذلك أم لا وعلى من تجب؟ يفرق فى ذلك بين أن يكون للولد مال أم لا.

أ- إن كان للطفل مال من هبة أو ميراث أو غيرهما فعند الحنفية والشافعية[٣] لها ذلك سواء كانت الحاضنة غنية أو فقيرة وتكون الأجرة من مال الصغير وسواء فى ذلك أن يكون والد الطفل حيا أو ميتا ، غنيا أومعسرا.

لأنها حبست نفسها فى تربيته فوجب لها ما يقوم مقام الإنفاق عليها وهو أجرة الحضانة وإذا جازت الأجرة للأم جازت لغيرها من باب أولى.

---

(١) وهذه الأجرة غير أجرة الرضاع والتى سبق أن تحدثنا عنها البحر الرائق ٤/١٨١، ٢٢٢، رد المحتار ٢/٦٣٧.

(٢) يرى الشافعية أنها لو حضنت مدة من غير أن تطالب بأجرة على حضانتها للصغير لم يكن لها أن تطالب بها عن تلك المدة، لكن لها أن تطالب بها عن ما يستقبل فقط ، يراجع تقريرات الشيخ عوض مع الاقناع ٢/١٩٤.

(٣) منحة الخالق مع البحر الرائق ٤/١٨١، تقريرات الشيخ عوض مع الإقناع ٢/١٩٤، ١٩٥، حاشية قليوبى ٤/٨٨.

أما المالكية والحنابلة فقد ذهبوا إلى أن للأم[1] الأجرة إن كانت فقيرة، أما إن كانت غنية فلا نفقة لها ولا أجرة فى مال الصبى عند مالك فى قولــه المرجوع إليه[2] وكذلك عند الحنابلة على القــول بــأن الحضانــة حــق عليها[3] حيث لا تستحق الأجرة على ما هو مستحق عليها.

أما وجوب الأجرة لها إن كانت فقيرة فلأن نفقة الأم الفقيرة واجبة فى مال ابنها المؤسر فكانت مستحقة لها من حيث فقرها لا مــن حيـث كونها حاضنة له بدليل أنها تستحق النفقة إن كانت فقيرة وابنــها موســر ولو لم تحضنه.

. أما إن كانت غنية فلا نفقة لها فى مال الابن ولا أجرة لها علـــى الحضانة إذ هى حقها والإنسان لا يستحق الأجرة على شئ مستحق له.

والذى أميل إليه وأراه راجحاً هو ما ذهب إليه المالكية والحنابلــة من وجوب الأجرة فى مال الصغير إن كانت الحاضنة فقــيرة ــ ســواء كانت أماً أو غيرها ــ أما الأم فلأنها إن لم تستحق الأجرة فإنها تســتحق النفقة فى مال الصغير، وأما غير الأم فلأنها حبست نفسها على تربيتـــه وليس لها ما تنفق على نفسها منه فكان لها الأجرة .

---

(١) يلاحظ أن كلام المالكية فى الحاضنة إذا كانت أماً للمحضون أما غيرها فلا تستحق النفقــة إذ لا تجب على الولد إلا لوالديه فقط، الفواكه الدوانى ١٠٤/٢.

(٢) وبه أخذ ابن القاسم وكان يقول أولا ينفق على الحاضنة من مال الغلام، الدسوقى والشـــرح الكبير ٥٣٤/٢، التاج ٢٢١/٤.

(٣) أما على القول بأن الحضانة حق للحاضن فلها الأجرة الفروع وتصحيح الفـــروع ٦١٧/٥، المبدع ٢٣٦/٨.

أما إن كانت غنية فأرى إن هى تأيمت لأجل المحضون وكـــانت هى القائمة بأمره أن يكون لها النفقة وإن كانت أكثر من الأجرة لأنها لـــو تركتهم وتزوجت أتى من ينفق عليها فكان من النظر للولـــد كونـــه فـــى نظرها وخدمتها، وإن لم تكن تأيمت لأجله أو كانت فى سن من لايـــتزوج كان لها الأجرة إن خدمتهم بقدر حضانتها، وإن كان لهم من يخدمـــهم أو استأجرت من يقوم بذلك وإنما هى ناظرة فيما يصلح للولد لم يكـــن لـــها شئ لا نفقة ولا أجرة.

ب- إن كان الولد معدما:

إذا كان الولد معدما لا مال له فإمـــا أن يكـــون أبـــوه[1] مليـــا أو معسرا.

١- أن يكون غنيا:

إذا كان والد الطفل ذو مال.

فقد اختلف الفقهاء فى وجوب الاجرة عليه على قولين:

القول الأول:

وبه قال الحنفية[2] والشافعية فى المذهـــب [3] وهـــو قـــول عنـــد الحنابلة[4].

---

(١) هذا إذا كان الأب حيا فإن كان ميتا لم تستحق الأم الأجرة لا فى مال الصبى ولا على مـــن تلزمه نفقته لوجوب التربية عليها حتى تجبر على الحضانة إذا امتنعت.

(٢) رد المحتار ٦٣٤/٢، وما بعدها، منحة الخالق ١٨١/٤.

(٣) وقيل لا أجرة لها بعد الفطام ، حاشية قليوبى وعميرة على شرح المحلى ٨٨/٤.

(٤) المبدع ٢٣٦/٨.

إن للحاضنة أن تطلب أجرة على حضانته ويجبر الأب عليها ولو لم تكن مرضعة[1].

لأنها إذا حضنته فقد حبست نفسها في تربيته فوجب لها على الأب ما يقوم مقام الإنفاق عليها وهو أجرة الحضانة ، ولأن نفقة الصغير واجبة على الأب إن كان غنياً، ومن جملتها الإنفاق على حاضنته، فلم تكن أجرة من كل وجه بل لها شبه بالأجرة وشبه بالنفقة ، وسواء في استحقاق الأجرة أن تكون الحاضنة أماً أو غيرها، لأن الأم إن استحقت الأجرة على الحضانة كان استحقاق الأجنبية لها من باب الأولى.

القول الثاني :

وذهب إليه المالكية[2] والحنابلة في القول الآخر[3] أن الحاضنة لا تستحق أجرة على الحضانة لا من الأب ولا من غيره، لأن الحضانة حق عليها، ولا أجرة لأحد على قيامه بما هو مستحق عليه، ولأن نفقتها إنما وجبت على الأب حال النكاح، أو في العدة لمكان الزوجية وحق الحبس الثابت له عليها أما بعد انتهاء العدة فلا نفقة لها عليه.

---

(١) هذا مشروط بكونها غير منكوحة لابي المحضون أو معتدة منه وإلا لم يكن لها أجرة على حضانتها للطفل إذ هي مستحقة عليها ديانة ولاستحقاقها النفقة على الأب. منحة الخالق ١٨١/٤.

(٢) الفواكه الدواني ١٠٤/٢، الدسوقي ٥٣٤/٢.

(٣) هذا على القول بأن الحضانة حق على الحاضن المبدع ٢٣٦/٨، الفروع ٦١٧/٥.

فإذا ثبت عدم استحقاقها للأجرة لوجوب الحضانة عليها، وعدم استحقاقها النفقة على أب الصبى لم يكن لها عليه شئ لا نفقة ولا أجرة حضانة، وهذا هو ما أميل إليه وأرجحه إذ لا يجب للإنسان أجر على فعل شئ مستحق عليه.

٢- **أن يكون الأب معدما:**

إذا كان الأب معسرا لا مال له، وحضنته الأم بلا مقابل فلا اشكال.

وإن رفضت أن تحضنه إلا بأجر وتبرعت أجنبية[١] بحضانته فإنه لا ينزع من الأم بل تحضنه بأجر المثل عند الحنفية[٢].

لأن فى دفع الصغير إلى الأجنبية ضرر به فلا يعتبر معه الضرر فى المال لان حرمته دون حرمته، وإن تبرعت بحضانته من تستحق الحضانة كالعمة والخالة ونحوهما من غير أن تمنع أمه من رؤيته وتعهده ففى الصحيح عندهم يقال للأم أما أن تمسكيه مجانا وأما أن تدفعيه إليها.

أما الشافية [٣] والحنابلة فى قول [٤].

فيرون أن لها أن تحضنه بالأجرة وتكون دينا على الأب حيث جعلوا مؤنة الحضانة على الأب من غير تقييد.

---

(١) ويراد بالأجنبية من ليس لها حق فى الحضانة.

(٢) منحة الخالق ٤/١٨١.

(٣) وقيل تكون على من يلزمه نفقته، وهى عند الإعسار واجبة على الجد وإن علا فإن لم يوجد وجب على الأم أن تحضنه بغير أجر لوجوب نفقته عليها فى هذه الحالة، يراجع حاشية الشيخ عميرة ٤/٨٨، تقريرات الشيخ عوض مع الاقناع ٢/١٩٤، ١٩٥.

(٤) وهو اعتبار الحضانة حق للحاضن.

أما المالكية[1] وهو قول عند الحنابلة [2] فيرون أن لا أجــرة لــها وتحضنه مجانا، لأنهم يقولون لا أجرة لها على الحضانة إن كانت غنيـــة من غير فصل بين غنى الأب أو فقره.

والذى أراه راجحا أن لا أجرة لها على الحضانة فإن قلنا الحق لها فإنها تجبر على حضانته مجانا.

وإن قلنا أنها حق عليها فإما أن تحضنه مجانا وأما أن تسلمه لمـن تبرعت بحضانته مجانا سواء كانت ممن يستحق الحضانة أو لا ، إذ عدم حضانتها ترك لحقها فيها.

(١) يراجع الدسوقى ٢/٥٣٤.

(٢) على اعتبار أن الحضانة حق على الحاضن

المطلب الثاني

أجر المسكن للحاضن والمحضون

مما يتعلق بما سبق حق السكنى للحاضن والمحضون، وقد اختلف الفقهاء فى ثبوت أجرة المسكن الذى يحضن فيه الطفل على الأب أو من تلزمه نفقته وعدم ثبوتها وحاصل خلافهم يتمثل فى الآتى:

أولاً:

بالنسبة لسكن الطفل نجد أن الفقهاء شبه مجمعون [1] على أن أجرة المسكن الذى يحضن فيه الطفل تكون من مال الطفل إن كان له مال أو من مال من تلزمه نفقته[2]، كالأب عند يساره أو غيره من كل ذى رحم محرم أو من الورثة فقط على خلاف فى هذا وقد سبق فى النفقة[3].

ولعل السبب فى هذا هو أن السكنى من النفقة وهى واجبة فى مال الطفل إن كان له مال وإلا فعلى من تلزمه نفقة الطفل.

---

(١) لم يشذ عن ذلك إلا المالكية فى قول حيث يرون أن الأب إن كان فى مسكن يملكه أو بكراء ولا يزاد عليه شئ فى سكنى الولد معه أن لا شئ عليه فى أجرة سكنه مع الحاضنة لأنه فى مندوحة من دفع الأجر فى سكناه، وإن كان يزاد عليه فى الكراء أو عليها لأجل سكناه فعلى الأب الأقل مما يزاد عليها أو عليه لأجله فإن كان ما زيد عليها أقل أخذته لأنه القدر الذى أضر بها وإن كان ما يزاد عليه أقل غرمه لأنه مما لم يكن له بد لو كان عنده. يراجع التاج والإكليل ومواهب الجليل ٢٢٠/٤.

(٢) رد المحتار والدر المختار ٦٣٧/٢، ٦٧٠، ٦٧٦، الدسوقى ٥٣٣/٢، قليوبى على شرح المحلى ٨٤/٤، الفروع ٥٩٥/٥.

(٣) يراجع صـــ من البحث.

ثانيا: أجر مسكن الحاضن:

اختلف الفقهاء فى لزوم أجرة المسكن الذى تقيم فيه الحاضنة مع الطفل وذلك على قولين:

القول الأول:

للحاضن أجر المسكن الذى تحضن فيه الطفل من ماله أو من مال من تلزم الطفل نفقته.

ذهب إلى ذلك الحنفية فى الأظهر[1] والمالكية فى المشهور[2].

واستدلوا لذلك بما يلى:

١- أن أجرة المسكن من النفقة وهى لازمة فى مال الطفل أو فى مال من تلزمه نفقته.

٢- قد تكون الحاضنة لا مسكن لها أصلاً أو لها مسكن بكراء أو ربما تسكن عند غيرها فكيف يلزمها أجرة مسكن لتحضن فيه الولد.

٣- إن المحضون إن احتاج إلى خادم فإنه يلزم الأب به، فكان الزامه بأجرة المسكن أولى إذ احتياجه إلى المسكن مقدم على احتياجه إلى الخادم.

---

(١) هذا عندهم مشروطاً بأن لا يكون لها مسكن خاص بها فإن كان لها مسكن تقيم به ويكون الولد تبعاً لها من غير أن يزاد عليها فى كراءه لأجله لم يكن لها أجرة، منحة الخالق مع البحر ٢٢٠/٤، رد المحتار ٦٣٧/٢.

(٢) الدسوقى والشرح ٥٣٣/٢، التاج والإكليل ٢٢٠/٤.

القول الثانى :

لا يجب للحاضنة أجر المسكن، لأن وجوب أجر الحضانة لا يستلزم وجوب المسكن.

ذهب إلى ذلك الحنفية فى قول[1] وبه قال ابن وهب من المالكية[2].

وعلى هذا فإن على الحاضنة ما يخصها من أجر المسكن، وعلى الطفل ما يخصه من ماله أو من مال من تلزمه نفقته، بأن يجعل نصف أجر المسكن على الحاضن ونصفه على أبى المحضون، أو ثلثها على أبى المحضون وثلثاها على الحاضن أو العكس، أو توزع على الرؤوس.

الترجيح:

والذى أميل إليه هو أن أجر مسكن المحضون يكون من ماله إن كان له مال، أو من مال من تلزمه نفقته لأن أجرة المسكن من جملة النفقة وهى واجبة فى ماله إن كان وإلا فعلى من تلزمه نفقته، أما أجرة مسكن الحاضنة فإنى أرى أن يكون من مال الطفل إن كان له مال وكانت الحاضنة أمه وهى فقيرة لا مسكن لها، أما إن كان لها مسكن بحيث يسكن معها المحضون تبعا فلا.

---

(١) هذا عندهم فى مقابل الأظهر، منحة الخالق مع البحر ٤/٢٢٠، رد المحتار ٢/٦٣٧.

(٢) هذا القول هو مقابل المشهور فى المذهب ، يراجع التاج والمواهب ٤/٢٢٠.

وإن لم يكن للطفل مال فإنى أرى أن لا حق لها فى أجر المسكن على أبى المحضون أو من تلزمه نفقته، خاصة على القول بأن الحضانة حق عليها حيث لا حق لها أن تطالب بالأجر لشئ مستحق عليها، وحتى على القول بأن الحضانة حق للحاضن لم يكن لها أجر المسكن فإما أن تقبل حضانته بغير أجرة المسكن أو تتركها لغيرها إذ لا تجبر عليها، ولأن الحاضنة ليست زوجة لابى المحضون ولا معتدة منه فلا سكنى لها.

الخاتمة

بعد هذا العرض لموضوع الحضانة والأحكام الفقهية المتعلقة بــها ــ فإننى أجمل أهم نتائج هذه الدراسة فى النقاط التالية :

١- أن الإسلام قد أهتم بمعالجة الآثار التى يمكن أن تنجم عن افــتراق الزوجين خاصة ما يتعلق منها بالأطفال الصغار حتى لا يؤثر ذلــك الفراق وما يتبعه من مشكلات على هؤلاء الآبناء.

٢- أوجب الإسلام رعاية الأبناء على الأباء أو من يقوم مقامهما عند الافتراق كما كان ذلك واجباً عليهما قبــل الفــراق، بمــا يصلحــهم وينشئهم تنشئة سليمة حتى يشــبوا صــالحين نــافعين لمجتمعاتــهم وأوطانهم.

٣- أوجب الإسلام هذا الحق للأبناء الصغار حتى يشبوا ويصـــيروا قادرين على إعالة أنفسهم كما أوجبه لكل من بلغ منهم غـــير قــادر على إعالة نفسه كالمجنون والزمن.

٤- أن الحضانة إنما هى لحظ المحضون فــلا تثبــت لمــن كــانت حضانته لا مصلحة فيها للمحضون وإن كان أقرب الناس إليه، فـــلا حضانة لصغير ولا مجنون ولا فاسق ولا كافر فى أرجح الأقوال.

٥- إن الأنثى المستحقة للحضانة يسقط حقها فيها بزواجــها بــأجنبى من المحضون خاصة إذا كان هناك ضرراً يعود عليـــه مــن هــذا الزواج.

٦- من سقط حقه فى الحضانة لسبب من الأسباب يعود له ذلك الحـق بمجرد زوال السبب المانع كالزواج والفسق والكفر ونحوها.

٧- لا أثر للسفر فى إسقاط حق من له الحضانة سواء كان هو المسافر أو من ينازعه فيها.

٨- أن أولى الناس بحضانة الطفل أمه وذلك بالإجماع ثم أمهاتها ثم الأب ثم أمهاته، ثم الجد، ثم الأخوات ، ثم الأخوة ثم الخالات ، ثم العمات والأعمام فى الأرجح، وإن هذا الترتيب اجتهادى روعى فيه مصلحة الصبى بتقديم من كان أكثر شفقة وصيانة على غيره.

٩- أن نفقة المحضون وأجر رضاعه فى ماله إن كان له مال وإلا ففى مال من تلزمه نفقته وأنها لا تقدر بشئ بعينه بل المراعى فيها كفاية المحضون.

١٠- إن للأم الحاضنة إذا كانت مرضعة الحق فى اجر رضاعه فى ماله أو فى مال أبيه بشرط أن لا يزيد عن أجر المثل.

١١- إن للحاضنة الحق فى طلب أجر الحضانة من مال الطفل أو من مال من تلزمه النفقة سيما إذا كانت أماً للمحضون وهى فقيرة وللصغير مال إذ نفقتها فى هذه الحالة واجبه عليه.

١٢- إن أجرة المسكن الذى يحضن فيه الطفل تكون فى ماله إن كان له مال، وإلا ففى مال من تلزمه نفقته، أما أجر سكن الحاضن فمن مال نفسه إلا إذا كانت الحاضنة أما للمحضون وهى فقيرة وهو موسر،حيث تكون نفقتها واجبة عليه ومن جملة ذلك أجر السكن الذى تقيم فيه.

والله تعالى أعلم ،، ،،

مصادر البحث

أولا: القرآن الكريم وعلومه

١-القرآن الكريم.

٢-أحكام القرآن لأبى بكر الجصاص ـ المكتبة التجارية مكة المكرمة.

٣- الجامع لأحكام القرآن لمحمد ابن أحمد القرطبى ـ ط دار الغد العربى.

٤-مفاتيح الغيب ـ أو التفسير الكبير لفخر الدين الرازى ـ ط دار الغد العربى.

ثانيا: الحديث وعلومه :

١- التلخيص مع المستدرك للإمام الذهبى ط دار المعرفة بيروت.

٢- الجامع المختصر من السنن ـ المعروف بسنن الترمذى ـ ط دار الفكر.

٣- سبل السلام شرح بلوغ المرام للصنعانى ط مصطفى الحلبى.

٤- السنن الكبرى لابى بكر أحمد بن الحسين البيهقى ـ ط دار المعرفة ـ بيروت.

٥- السنن لأبى داود سليمان بن الأشعث السجستانى ـ ط دار الريان.

٦- السنن لابن ماجة القزوينى ـ ط دار الريان للتراث.

٧- صحيح البخارى لمحمد بن إسماعيل البخارى ـ ط دار الفتح الإسلامى الإسكندرية.

٨- فتح البارى بشرح صحيح البخارى لابن حجر العسقلانى ـ ط دار الريان.
٩- المستدرك على الصحيحين للحاكم النيسابورى ـ ط دار المعرفة ـ بيروت.
١٠- المصنف لعبد الرازق بن همام الصنعانى ـ ط المكتب الإسلامى.
١١- الموطأ للإمام مالك بن أنس مع شرح الزرقانى ـ ط دار الفكر.
١٢- منتقى الأخبار بشرح نيل الأوطار لابن تيمية ـ ط دار التراث ـ القاهرة.
١٣- نيل الأوطار للإمام الشوكانى ط ـ دار التراث ـ القاهرة.
١٤- نصب الراية لأحاديث الهداية للزيلعى ـ ط دار الحديث ـ القاهرة.

ثالثا: اللغة:

١- القاموس المحيط للفيروز أبادى ـ المطبعة الأميرية.
٢- المعجم الكبير إصدار مجمع اللغة العربية ـ الهيئة المصرية العامة للكتاب.
٣- المعجم الوسيط إصدار مجمع اللغة العربية ـ الهيئة المصرية العامة للكتاب.
٤- مختار الصحاح لمحمد بن أبى بكر الرازى ط ـ دار الحديث ـ القاهرة.

٥- النظم المستعذب فى شرح غريب المهذب لابن بطال الركبى ـ مع المهذب ـ ط دار الفكر.

رابعاً: الفقه:

أ- الفقه الحنفى:

١- بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للكاسانى ـ ط دار الكتاب العربى ـ بيروت .

٢- البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم الحنفى ـ ط دار المعرفة ـ بيروت.

٣- حاشية رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين ط ـ دار احياء التراث العربى بيروت.

٤- حاشية الطائى مع شرح الكنز لمحمد بن يونس الطائى ـ ط مصطفى الحلبى .

٥- الدر المختار للحصكفى مع حاشية رد المحتار ـ ط دار إحياء التراث العربى .

٦- شرح الكنز للعينى ـ ط مصطفى الحلبى.

٧- العناية على الهداية للبابرتى مع فتح القدير ـ ط دار الفكر.

٨- فتح القدير على الهداية لكمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف بابن الهمام ـ ط دار الفكر.

٩- المبسوط للسرخسى ـ ط دار المعرفة ـ بيروت.

١٠- منحة الخالق لابن عابدين مع البحر الرائق ـ ط دار المعرفة ـ بيروت.

١١- الهداية شرح بداية المبتدى لعلى بن أبى بكر المرغينانى ـ ط دار الفكر.

ب-**الفقه المالكي :**

١- التاج والإكليل لمختصر خليل لمحمد بن يوسف الشهير بالمواق ـ ط دار الفكر.

٢- حاشية الدسوقى على الشرح الكبير لمحمد عرفة الدسوقى ـ ط فيصل الحلبى .

٣- حاشية الرهونى على شرح الزرقانى لمختصر خليل ط ـ دار الفكر ـ بيروت.

٤- حاشية المدنى على كنون بهامش حاشية الرهونى ـ ط دار الفكر ـ بيروت.

٥- الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقى ـ ط فيصل الحلبى .

٦- شرح الزرقانى على الموطأ ط دار الفكر.

٧- الفواكه الدوانى على رسالة ابن أبى زيد القيروانى ـ للنفراوى المالكى ـ مطبعة مصطفى الحلبى .

٨- المدونة الكبرى للإمام مالك برواية سحنون عن ابن القاسم ـ مطبعة السعادة ـ مصر.

٩- مواهب الجليل بشرح مختصر خليل للحطاب ـ ط دار الفكر.

جـ - **الفقه الشافعي :**

١- الاقناع فى حل ألفاظ أبى شجاع للشربينى الخطيب ـ ط عيسى الحلبى.

٢- الأم لمحمد بن إدريس الشافعى ـ ط دار المعرفة ـ بيروت.
٣- تكملة المجموع للشيخ المطيعى ـ ط مكتبة الارشاد بجدة.
٤- تقريرات للشيخ عوض ومجموعة من العلماء مع الاقناع ـ ط عيسى الحلبى .
٥- حاشية الشيخ عميرة على شرح المحلى ـ مع قليوبى ـ ط فيصل الحلبى .
٦- حاشية قليوبى على شرح المحلى ـ ط فيصل الحلبى .
٧- الحاوى الكبير للماوردى ـ ط دار الكتب العلمية ـ بيروت.
٨- شرح المحلى على المنهاج مطبوع مع قليوبى ـ ط فيصل الحلبى.
٩- المهذب للشيرازى ـ ط دار الفكر.
١٠- مختصر المزنى إسماعيل بن يحيى ـ ط دار المعرفة ـ بيروت.

د- **الفقه الحنبلى:**

١- تصحيح الفروع لأبى الحسين على بن سليمان المرداوى ـ ط عالم الفكر.
٢- شرح منتهى الإيرادات لمنصور بن إدريس البهوتى ـ ط دار الفكر.
٣- الفروع لأبى عبد الله محمد بن مفلح ـ ط عالم الفكر.
٤- الكافى لابن قدامة المقدسى ـ ط المكتب الإسلامى .

٥- المبدع فى شرح المقنع لبرهان الدين بن محمد بن مفلح ــ ط المكتب الإسلامى .

٦- مجموع فتاوى ابن تيمية ــ مؤسسة قرطبية ــ الهرم.

٧- المغنى لابن قدامة المقدسى على مختصر الخرقى ــ مكتبة الكليات الأزهرية.

هـ - **الفقه الظاهرى:**

١- المحلى لأبى محمد على بن أحمد بن حزم الأندلسى ــ ط دار التراث ــ القاهرة .

و- **الفقه الزيدى:**

١- البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار لأحمد بن يحيى ــ ط دار الكتاب الإسلامى.

٢- السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار للشوكانى ــ ط دار الكتب العلمية .

ز- **مراجع عامة:**

١- البداية والنهاية لابن كثير ــ ط دار الغد العربى .

٢- حياة الحيوان للدميرى .

٣- المقادير الشرعية والأحكام الفقهية لمحمد نجم الدين الكردى.



فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات



التكييف الفقهى للإقالة

دراسة مقارنة

إعداد
علي أحمد علي مرعي
أستاذ ورئيس قسم الفقه المقارن
كلية الشريعة والقانون بالقاهرة

أتناول هذا البحث فى مطلبين

المطلب الأول : أضمنه كلمة إجمالية عن الإقالة

المطلب الثانى : أوجز فيه التكييف الفقهى للإقالة

المطلب الأول

كلمة إجمالية عن الإقالة

معنى الإقالة:

الإقالة لغة [1] مأخوذة من القيل بمعنى الرفع والإزالة قال في القاموس قلته البيع بالكسر وأقلته فسخته واستقاله طلب إليه أن يقيله وتقايل البيعان وأقال الله عثرتك وأقالكها.

أما الإقالة في اصطلاح[2] الفقهاء:

فقد عرفها قوم بأنها رفع العقد والرفع جنس في التعريف وبإضافة الرفع إلى العقد خرج رفع ما سوى العقد.

ويلاحظ على هذا التعريف أن الرفع فيه مطلق يشمل رفع العقد بطريق الإقالة وغيره كرفع العقد بحكم الحاكم أو رفعه باستقلال أحد العاقدين متى ثبت له هذا الحق وعلى هذا يكون التعريف المذكور غير مانع ومن تتبع كلام الفقهاء في الإقالة وما يتعلق بها من مسائل يمكن أن تعرف بما يلي:

الإقالة اتفاق العاقدين أو من يقوم مقامهما على نقض حكم العقد الواقع بينهما بشروط مخصوصة.

وقولنا اتفاق جنس في التعريف يشمل كل اتفاق خرج عنه الاختلاف وبإضافة اتفاق إلى العاقدين خرج به اتفاق ما سواهما وقولنا أو

---

(١) القاموس المحيط مادة قيل.

(٢) ومن هؤلاء صاحب التنوير وشارحه وصاحب رد المحتار وابن نجيم راجع رد المحتار ج٤ ص١٥٠ ، البحر الرائق ص١١٠.

من يقوم مقامهما قيد لإدخال بعض صور الإقالة كأن تقع بين وكيلى العاقدين أو بين أحدهما ووكيل الآخر.

وقولنا على نقض إلى آخره بيان لمحل الإقالة خرج بذلك الاتفاق على إنشاء عقد جديد.

مشروعية الإقالة :

الإقالة مشروعة باتفاق الفقهاء والدليل على مشروعيتها السنة والإجماع والمعقول.

أما السنة: فما رواه أبو داود وابن ماجه بسندهما عن أبى هريرة ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ : " من أقال مسلما بيعته أقال الله عثرته ".

وجه الدلالة من الحديث أن الرسول ﷺ رغب فى الإقالة ووعد فاعلها بالثواب ولو كانت غير مشروعة ما فعل بصددها ﷺ ما فعل .

وأما الإجماع: فقد نقله كثير من الفقهاء والمحدثين منهم صاحب سبل السلام[١] وابن نجيم.

وأما المعقول : فحاجة الناس إليها فى معاملتهم فإن العاقد قد يندم على ما أقدم عليه ولا يجد أمامه طريقا إلى التحلل من العقد فشرع الله الإقالة وندب إليها لإزالة الغم عن النادم وتفريج الكرب عن المكروب.

أركان الإقالة :

اتفق الفقهاء على أنه لابد فى تحقيق الإقالة من عاقدين وصيغة ومحل على خلاف بينهم فى العاقدين والمحل هل يعتبر وجودهما ركنا أو

(١) سبل السلام ، البحر الرائق ١١١/٦.

شرطا ويشترط فى العاقدين أن يكونا أهلا لمباشرة العقد الذى يراد رفعه بالإقالة لأن من لا يملك الإنشاء لا يملك الرفع.

ويشترط فى الصيغة أن تدل على الإقالة على خلاف بين الفقهاء فى المعاطاة هل تصح بها الإقالة أو لا ؟

أما محل الإقالة فهو العقد الذى ترد عليه ومن العقود ما يصلح لأن يكون محلا للإقالة باتفاق الفقهاء كعقود المبادلات المالية التى يقصد منها العوض من بيع وإجارة ونحوهما ومن العقود مالا يصلح محلا للإقالة فلا تدخله باتفاق فقهاء المذاهب وهى العقود التى لا يقصد فيها المعاوضة المحضة كعقد النكاح ومن العقود ما اختلف الفقهاء فى أن هل يصلح محلا للإقالة أولا ومن ذلك الحوالة فمن الفقهاء من يرى جواز رفعها بطريق الإقالة ومن هؤلاء الحنفية ومنهم من لا يرى جواز ذلك كالشافعية[1].

---

(١) هذا وقد قال العلامة الكمال فى الفتح نقلا عن النهاية ما نصه " إذا وقع البيع فاسدا أو مكروها وجب على كل من المتعاقدين الرجوع إلى ما كان له من رأس المال صونا لهما عن المحظور ولا يكون ذلك إلا بالإقالة.

ويفهم من هذا أن الإقالة تتعين طريقا لرفع البيع الفاسد والمكروه فلا يرفع كل واحد منهما إلا بها.

والذى يفهم من كلام الفقهاء ومنهم الحنفية أنه يجب على العاقدين فسخ البيع الفاسد ما دام المبيع صالحا للرد ويجب على القاضى فسخ مثل هذا التصرف متى اطلع عليه ولو جبرا على المتعاقدين.

قال صاحب الكنز من الحنفية فيمن يملك فسخ البيع الفاسد " ولكل منهما فسخه"

وذكر العلامة الزيلعى أن اللام بمعنى على لأن رفع الفساد واجب على العاقدين، وقال صاحب الهداية فى فسخ البيع الفاسد " ولكل واحد من المتعاقدين فسخه رفعا للفساد " واستدرك

المطلب الثاني

التكييف الفقهي للإقالة

وبعد هذه الإشارة الموجزة إلى معنى الإقالة ومشروعيتها نبحث تكييف الإقالة من حيث كونها فسخا أم بيعا.

وقد اختلف في هذا الفقهاء فذهب جماعة إلى أن الإقالة فسخ للعقد السابق وهو الأرجح[1] عند الشافعية والحنابلة وبه قال زفر من الحنفية، وحكاه صاحب البحر عن القاسم والهادى وأبى طالب وأبى العباس وأحد قولين للمؤيد بالله.

وذهب فريق آخر إلى أن الإقالة ابتداء بيع جديد وممن ذهب إلى هذا ابن حزم[2] وزيد بن على والناصر وهو رأى مرجوح للشافعية

على هذا العلامة الكمال فقال وعرف من تعليل المصنف برفع المعصية أن الواجب أن يقال وعلى كل واحد فسخه غير أنه أراد مجرد بيان ثبوت ولاية الفسخ فوقع تعليله أخص من دعواه"

وقال صاحب الدر ويجب على كل واحد منهما فسخه.

وبين ما نقلناه عن هؤلاء الفقهاء وفيهم الكمل نفسه وبين ما ذكره الكمال أولا ما يوهم التعارض لأن فسخ العقد الفاسد لا يتوقف على رضا المتعاقدين والاقالة تتوقف على رضاهما فلا يكون فسخ العقد الفاسد إقالة أو على الأقل لا تتعين الإقالة طريقا لفسخ العقد الفاسد، وقد صرح العلامة الكاساني بأن البيع الصحيح اللازم لا يرتفع إلا بالاقالة أما البيع الصحيح غير اللازم والبيع الفاسد فيرتفع كل واحد منهما بالفسخ.

راجع فيما تقدم فتح القدير ج٥ ص ١٤٦، رد المحتار ج٤ ص ١٣١ والبدائع ج٧ ص ٣٣٩٣ البحر الرائق ج٦ ص ١١١ وما بعدها.

(١) المجموع ج٩ ص ٢١٥ ، المغنى ج٤ ص ١٢١ ،البحر الزخار ج٣ ص ٣٧٥.

(٢) المحلى ج٩ ص ٥،٤ ، الشرح الكبير ج٣ ص ١٥٤.

والحنابلة وإلى هذا ذهب المالكية إلا في المرابحة وبيع الطعام والأخذ بالشفعة[1].

وذهب أبو حنيفة[2] وصاحباه إلى التفصيل بعد اتفاقهم على أن الإقالة بيع بالنسبة إلى غير العاقدين كما اتفقوا على أنها فسخ إن وقعت قبل القبض وكان المبيع منقولا.

واختلفوا فيما سوى هذا فروى عن أبي حنيفة أنها فسخ في حق العاقدين بيع في حق غيرهما سواء وقعت قبل القبض أو بعده وروى عنه أنها إن وقعت قبل القبض كانت فسخا وإن وقعت بعده كانت بيعا.

وروى عن أبي يوسف أن الإقالة بيع في حق العاقدين وغيرهما إلا إذا تعذر ذلك فتجعل فسخا وروى عنه أنها ابتداء بيع على كل حال.

وقال محمد هي فسخ في حق العاقدين وغيرهما إلا إذا تعذر جعلها فسخا فتجعل ابتداء بيع[3].

الأدلة:

استدل من ذهب إلى أن الإقالة فسخ بالسنة والمعقول.

أما السنة: فالحديث السابق[1] في مشروعية الإقالة ووجه الدلالة من الحديث أن معنى الإقالة الرفع والازالة وهذا المعنى متحقق في الفسخ فيكون فسخا.

---

(١) المحلى ج٩ ص ٥،٤ ، الشرح الكبير ج٣ ص ١٥٤.

(٢) أما في المرابحة وبيع الطعام قبل القبض فهي حل بيع على تفصيل في هذا عندهم وأما في الأخذ بالشفعة فليست بيعا ولا حل بيع بل تصرف باطل.

(٣) شرح فتح القدير جـ ٥ ص ١٤٦، رد المحتار ج٤ ص ١٣١، البدائع ج٧ ص ٣٣٩٣.

وقد يعارض هذا بأنها لو كانت فسخا ما توقفت على رضا العاقدين كالفسخ بخيار الشرط لكنها تتوقف على الرضا فلا تكون فسخا.

ويجاب عن هذا بأنه لا نسلم أنه يلزم من كون الإقالة فسخا عدم توقفها على رضا العاقدين وإن سلم فمن الفسخ ما لا يتوقف على الرضا كالفسخ بناء على خيار ومن الفسخ ما يتوقف على رضا العاقدين كالاقالة.

وأما المعقول: فلأن الإقالة تصرف يقتضى رد البيع ولا يصح به عقد البيع ابتداء فكانت فسخا كالرد بالعيب.

واستدل من ذهب إلى أن الإقالة ابتداء بيع بالمعقول من أوجه أحدهما: أن المبيع قد عاد إلى ملك البائع على الجهة التى خرج عليها فلما كانت الأولى بيعا فكذلك الثانية.

ويناقش هذا بمنع المماثلة بين الحالين ولو سلم فهو قياس مع الفرق لأنه الحالة الأولى وقع بلفظ يصح به ابتداء البيع بخلاف الثانية.

الوجه الثانى من المعقول: أن حقيقة البيع مبادلة المال بالمال بالتراضى وهذا موجود فى الإقالة فتكون بيعا.

ويناقش هذا بأن الإقالة رجوع عن مبادلة وليس ابتداء مبادلة.

والوجه الثالث : وهو قريب من سابقه أن الإقالة تصرف اقتضى الملك بالتراضى فكانت بيعا كالبيع المبتدأ.

---

(١) وعلى هذا فهى نوع من أنوع الفسخ وبينها وبينه عموم وخصوص مجتمعان فى فسخ العقد بعد لزومه بالاتفاق عليه وينفرد الفسخ باستقلال أحد العاقدين به، فكل اقالة فسخ من غير عكس.

ويناقش هذا بأن منقوض بالبيع المبتدأ بلفظ الإقالة فكان ينبغى أن يصح به البيع وينتقل الملك لكن ذلك غير جائز.

الوجه الرابع: أن الإقالة لو كانت فسخا ما جازت إلا برد عين الثمن لأن مقتضى الفسخ رد كل من العوضين إلى صاحبه لكن الإقالة تجوز برد عين الثمن وبرد غيره فبطل كونها فسخا فكانت بيعا جديدا.

ويناقش هذا بمنع أنه يلزم من كون الإقالة فسخا عدم جوازها إلا برد عين الثمن لأن الثمن إما أن يكون فى الذمة أو عينا وفى كلتا الحالتين لا يلزم من فسخ العقد رد عين الثمن لأنه إن كان فى الذمة فإنه لا يحتمل التعيين وإن عين فهذا شأن ما فى الذمة ميجوزا لفسخ مع رد مثل الثمن لا عينة.

وإن كان الثمن عينا معينا فيجوز الفسخ ويرد الثمن عينه إن كان باقيا وبدله إن فات .

وحاصل مذهب أبى حنيفة وصاحبيه يرجع إلى الآراء التالية.

الأول: الأصل فى الإقالة أنها فسخ إلا عند الضرورة فتجعل بيعا.

الثانى : الأصل فيها أنها بيع إلا إذا تعذر ذلك فتجعل فسخا.

الثالث: الإقالة فسخ فى حق العاقدين بيع فى حق غيرهما .

الرابع: الإقالة فسخ قبل القبض وبعده بيع.

وجه الرأى الأول: على أنها فسخ ما سبق فى أدلة المذهب الأول ووجه جعلها بيعا عند تعذر الفسخ أن الأصل فى التصرف الصحة إذا صدر من الأهل فى المحل القابل له وجعل الإقالة بيعا عند تعذر جعلها فسخا أولى من إهدار عبارة العاقد.

ووجه الرأى الثانى : على أنها بيع ما تقدم فى أدلة المذهب الثانى ووجه جعلها فسخا عند تعذر جعلها بيعا صيانة عبارة العاقد عن الإلغاء.

ووجه الرأى الثالث: أن كل واحد من العاقدين يأخذ رأس ماله يبدل وهذا معنى البيع إلا أنه لايمكن إظهار هذا المعنى فى حق العاقدين للتنافى فكانت فسخا فى حقهما بخلاف غيرهما.

ووجه الرأى الرابع : ما تقدم من أن حقيقة البيع موجودة فى الإقالة لكن لو قلنا بذلك قبل القبض لألغينا عبارة العاقد لأنه لا يجوك بيع المبيع قبل قبضه.

ونناقش أدلة الحنفية بأن حقيقة الشئ الواحد لا تختلف والأصل اعتبار الحقائق.

والراجح ما ذهب إليه أصحاب المذهب الأول وهو أن الإقالة فسخ لأنه يجوز لعاقدى السلم أن يتراضيا على الإقالة قبل قبض المسلم فيه باتفاق الفقهاء.

ولو كانت بيعا ما جازت لنهيه ﷺ عن بيع الطعام قبل قبضه قال ابن قدامة " قال ابن المنذر وفى إجماعهم أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الطعام قبل قبضه مع إجماعهم على أن له أن يقيل المسلم جميع المسلم فيه دليل على أن الإقالة ليست بيعا"[1].

وعلى هذا يشترط لوقوعها صحيحة ما يلى [2].

---

(١) المغنى ج٤ ص ١٢٢.

(٢) المجموع ج١٢ ص ٢٦٥، المغنى ج٤ ص ١٢٣، البحر الرائق ج٦ ص ١١٠ ، نهاية المحتاج ج٣ ص ١٤٧، أشباه السيوطى ص ١٧٢.

١-رضا العاقدين وحضورهما أو من يقوم مقامهما مجلس الإقالـــة أمـــا اشتراط الرضا من العاقدين فلأنه لو صح انفراد أحدهما بالاقالة لفات مقتضى العقد هو اللزوم إن كان العقد لازما بالنسبة إلى كل واحد من العاقدين ثم أن حقيقة الإقالة تتمثل فى اتفاق العاقدين على الفسخ وهذا يقتضى رضاهما.

وأما اشتراط الحضور فلأنه لما توقفت الإقالة على رضـا العـاقدين اشبهت العقد فيشترط حضور العاقدين أو من يقوم مقامهما.

٢- أن تكون بمثل الثمن الأول لأنها فسخ للعقد ومقتضى الفسخ رجـــوع كل من العوضين إلى صاحبه.

٣- أن يكون العقد المراد رفعه بالاقالة قابلا للفسخ لأن الفسخ أعم مـــن الإقالة وإذا انتفى الأعم انتفى الأخص.

وإذا أهلك المبيع فى زمن الخيار بعد أن قبضه المشترى امتنع الفسخ عند الحنفية ورأى مرجوح للشافعية فتمتنع الإقالة .

والراجح عند الشافعية أن هلاك المبيع فى هذه الحالة لا يمنـــع مـــن الفسخ فتصح الإقالة عندهم بناء على أنها فسخ.

أما على القول بأن الإقالة بيع فيشترط لها ما يشترط للبيع .

.. .. والله أعلم ، ،، ،، ،

فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات

الاحتكار ووسائل معالجته
دراسة فقهية مقارنة

إعـــداد

الدكتور / جمال محمد يوسف

مدرس الفقه المقارن بكلية الشريعة والقانون

بأسيوط

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

إن الحمد لله، نحمده، ونستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا، من يهد الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادى له، وأشهد أن لا إله إلا الله، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله، ونصلى ونسلم صلاة وسلاما دائمين على أفضل المرسلين وسيد الهداة وعلى آله الطيبين الأطهار، وصحابته الخيرين الأبرار، ورضى الله تبارك وتعالى على كل من سار على درب الهدى واقتفى أثر النبى المصطفى إلى يوم الدين.

وبعد

فإنَّ التجارة مهنة تعد من أفضل المهن والأعمال إذا بر فيها التاجر، وصدق فقد فقال النبى ﷺ :" التاجر الصدوق الأمين من النبيين والصديقين والشهداء"[1] ، وسئل النبى ﷺ أى الكسب أطيب ؟ قال : عمل الرجل بيده، وكل بيع مبرور"[2]، غير أن كثيراً من التجار

---

(١) الحديث : أخرجه الترمذى والحاكم عن أبى سعيد الخدرى، قال الترمذى: حديث حسن، ولابن ماجه نحوه عن ابن عمر.

أنظر: سنن الترمذى جـ ٢ صـ ٣٤١، وما بعدها ط دار الفكر، المستدرك على الصحيحين للحاكم النيسابورى جـ ٢ صـ ٦ ــ ط دار المعرفة بيروت ــ لبنان ، سنن ابن ماجه جـ ٢ صـ ٧٢٤، دار الحديث، فيض القدير للمناوى جـ ٢ صـ ٢٧٨، دار الفكر.

(٢) الحديث: رواه البزار عن رفاعة بن رافع بن خديج، وقال الحاكم صحيح الإسناد.

انظر: المستدرك على الصحيحن للحاكم جـ ٢ صـ ١٠، سبل السلام للصنعانى جـ ٣ صـ ٧٨٨ ــ ط دار الحديث.

لا يلتزمون بالصدق، والعدل واجتناب الظلم فى المعاملة، ويضرون غيرهم بحبس السلع التى يحتاجها الناس عن البيع بقصد رفع الأسعار عليهم، فهولاء قد حولوا نعمة الله كفرا، ولوثوا رزقهم بالمال الحرام، وجروا على أنفسهم الخسار والبوار، فقد روى عن النبى ﷺ أنه قال: " من احتكر الطعام أربعين يوما ثم تصدق به لم يقبل منه"[1]، أى لو تيقظ ضمير المحتكر بعدما احتكر طعام المسلمين وضيق عليهم معاشهم ثم تصدق بما اكتسبه من مال حرام لم تكن صدقته كفارة لا ثم الاحتكار؛ لأن الله طيب لا يقبل إلا طيبا.

وكلنا يعلم بحجم المأساة التى نعيشها فى العصر الحاضر من جراء الغش والاحتكار فى مجالات الغذاء والدواء ومواد البناء وغير ذلك من الأمور.

وكما حرم الإسلام الغش تحريما قاطعا وحذر النبى ﷺ بأن من يفعل ذلك فليس من المسلمين، وقال:" من غشنا فليس منا"[2] فكذلك حرم

---

(١) الحديث أخرجه ابن عساكر فى التاريخ عن معاذ بن جبل ﷺ ، ورواه أبو منصور الديلمى فى مسند الفردوس.

انظر : فيض القدير للمناوى جـ ٦ صـ ٣٥، وما بعدها.

(٢) الحديث رواه مسلم وأبو داود والترمذى وابن ماجه.

انظر: صحيح مسلم بشرح النووى جـ١ صـ ٣٨٦ ط دار الحديث، سنن ابى داود جـ ٣ صـ ٢٧٢ ـ ط دار إحياء السنة النبوية، سنن ابن ماجه جـ ٢ صـ ٧٤٩، سبل السلام جـ ٣ صـ ٨٣٠.

الإسلام الاحتكار وأبعد النبى ﷺ المحتكر من درجات الأبرار والمتقيـــن وقال :" الجالب مرزوق والمحتكر ملعون"[1].

وشعورا منى بأهمية هذا الموضوع فى الحياة العملية فقد أخترتـــه للكتابه فيه وقسمته إلى فصلين:

الفصل الأول : الاحتكار وأحكامه.

الفصل الثانى : الوسائل الشرعية لعلاج ظاهرة الاحتكار.

ونختم البحث ببيان أهم نتائجه.

وأسأل الله ﷻ أن يجنبنا الخطأ والزلل، وأن يجعل عملنـــــا هـــذا خالصا لوجهه الكريم: ﴿ **ربنا اغفر لنا ذنوبنا وإسرافنا فى أمرنا وثبت أقدامنا وانصرنا على القوم الكافرين** ﴾ [2].

صدق الله العظيم

د./ جمال محمد يوسف

(١) سيأتى تخريج هذا الحديث.

(٢) سورة آل عمران من الآية : رقم ١٤٧.

الفصل الأول

الاحتكار وأحكامه

تمهيد:

لا ريب أن الاحتكار يعد إهدارا لحرية التجارة، فالمحتكر يتحكم في السوق، ويفرض على التجار الآخرين وعلى الناس ما يشاء من أسعار.

والتحكم في السعر بهذه الطريقة يسبب أضرارا اقتصادية واجتماعية خطيرة، ولذلك يتعين علينا أن نبين مفهوم الاحتكار، ووصفه أو حكمه الشرعي، وما يحرم احتكاره من السلع، وشروط تحريمه، وحكم ادخار الأقوات الضرورية.

وهذا هو ما سنقوم ببحثه في هذا الفصل في المباحث الخمسة الآتية:-

المبحث الأول: تعريف الاحتكار.

المبحث الثاني: الوصف الشرعي للاحتكار.

المبحث الثالث: ما يحرم احتكاره من السلع.

المبحث الرابع: شروط الاحتكار المحرم.

المبحث الخامس: حكم ادخار الأقوات الضرورية.

المبحث الأول

تعريف الاحتكار

تعريف الاحتكار فى اللغة:

الاحتكار فى اللغة: الجمع والحبس فقد جاء فى مختار الصحاح للرازى:" احتكار الطعام جمعه وحبسه يتربص به الغلاء"[1].

والاسم منه الحكر والحكرة، وأصل الحكر: الجمع والامساك، وحكره يحكره حكرا: ظلمه، يقال فلانا يحكر فلانا إذا أدخل عليه مشقة ومضرة فى معاشرته ومعايشته[2].

تعريف الاحتكار فى اصطلاح الفقهاء:

تعددت تعاريف الفقهاء للاحتكار على النحو الآتى:-

فقد عرفه الحنفية بأنه: اشتراء طعام ونحوه وحبسه إلى الغلاء أربعين يوما"[3].

وعرفه المالكية بأنه" الادخار للبيع وطلب الربح بتقلب الأسواق[1].

---

(١) مختار الصحاح للرازى صـ ٦٢ مكتبة لبنان، وراجع فى ذلك أيضا المصباح المنير للفيومى صـ ١٤٥، ط دار المعارف، معجم مقاييس اللغة لابن فارس جـ ٢ صـ ٩٢، ط دار الجيل.

(٢) لسان العرب لابن منظور جـ ٢ صـ ٩٤٩، ط دار المعارف.

(٣) حاشية ابن عابدين جـ ٦ صـ ٧١٧ ط دار الفكر، بدر المتقى فى شرح الملتقى بهامش مجمع الأنهر جـ ٢ صـ ٥٤٧، ط دار إحياء التراث العربى بيروت لبنان.

وعرفه الشافعية: بأن يشترى الشخص الطعام فى وقت الغلاء ويحبسه ليبيعه بأكثر عند اشتداد الحاجة"[٢].

وعرفه الحنابلة : بأن يشترى الشخص القوت للتجارة ويحبسه فيقل فيغلوا السعر[٣].

وإذا دققنا النظر فى هذه التعريفات يتضح لنا ما يلى :

١- أن المعنى الاصطلاحى للاحتكار يرتبط ارتباطا وثيقا بالمعنى اللغوى، ولا ريب أنه كلما ارتبط المعنيان فإن التعريف يكون أقرب إلى الفهم والتصور.

٢- أن الادخار لغير البيع وطلب الربح لا يصدق عليه وصف الاحتكار كما لو أمسك الشخص شيئا من غلته ليبيعه فى زمن الغلاء.

٣- أن تعاريف الحنفية، والشافعية، والحنابلة قد نصت على أن الاحتكار يكون فى الأقوات لا غير فى حين أن تعريف فقهاء المالكية لم ينص على ذلك ومن ثم فإن الاحتكار عندهم يكون فى كل ما تدعو إليه الحاجة والضرورة، وهذا لرأى يتفق تماما مع علة

---

(١) المنتقى شرح الموطأ للباجى جـ ٥ صـ ١٥ ـ ط دار الفكر العربى.

(٢) روضة الطالبين للنووى جـ ٣ صـ ١٣٠ ـ ط دار الفكر ، حاشية الجمل على شرح المنهج جـ ٣ صـ ٩٣ .

(٣) كشاف القناع للبهوتى جـ ٣ ـ ١٨٧ ـ ط دار الفكر.

تحريم الاحتكار، إذ أن المقصود من التحريم هو : رفع الضرر عن عامة الناس.

٤- يتضح ــ أيضا ــ من تعريف فقهاء الشافعية أن التاجر لو أمسك شيئا من بضاعته وباعها فى زمن الرخص فإن هذا لا يسمى احتكارا حيث قيد التعريف البيع بكونه فى زمن الغلاء.

وعلى ضوء ما سبق فإنه يمكننا أن نضع التعريف التالى للاحتكار هو : حبس السلع التى يحتاجها الناس عن البيع لتقل فى الأسواق وتغلو أثمانها.

ومن الجدير بالذكر أن احتكار السلع يوصف فى العصر الحاضر: " بالسوق السوداء" وإنها لسوداء فعلا على البائع، لأنه يأخذ أموال الناس بغير حق ولا جهد مما يجعله يستحق اللعن والبغض من الله ﷻ ومن الناس، وهى ــ أيضا ــ سوداء على المشترى، لأنه يضطر إلى الشراء مهما كانت حالته من فقر أو احتياج.

المبحث الثاني

الوصف الشرعي للاحتكار

يقصد بالوصف الشرعي ما يسمى في اصطلاح الأصوليين بالحكم التكليفي [1]. وهو كون الفعل واجبا، أو مندوبا، أو حراما، أو مكروها، أو مباحا.

هذا وقد اختلف آراء الفقهاء في صفة أو حكم الاحتكار فيرى جمهور الفقهاء المالكية، والحنابلة، والشافعية في الصحيح وبعض الحنفية، والظاهرية، والزيدية، والإمامية، والإباضية أن الاحتكار محرم [2].

---

(١) الحكم التكليفي هو : خطاب الشارع المتعلق بأفعال المكلفين بالاقتضاء أو التخيير، وفعل المكلف بهذا الاعتبار عند جمهور الأصوليين ينقسم إلى واجب، ومندوب، وحرام، ومكروه، ومباح، وأما عند الحنفية فإن الحكم التكليفي ينقسم إلى فرض، وواجب ومندوب، وحرام ، ومكروه كراهة تحريمية، وتنزيهية ، ومباح.

والفرض: هو ما طلبه الشارع بالزام وثبت الطلب بدليل قطعي لا شبهة فيه.

والواجب: ما طلبه الشارع وألزم به ولكن ثبت بدليل ظني فيه شبهة.

والمندوب: ما طلب الشارع فعله طلبا غير لازم، والحرام: هو ما ثبت النهي عنه بدليل قطعي لا شبهة فيه. والمكروه: ما ثبت النهي عنه بدليل ظني فيه شبهة.

والمباح: ما خير الشارع المكلف فيه بين الفعل والترك.

انظر: في تعريف الحكم التكليفي وأقسامه.

التلويح على التوضيح جـ ١ صـ ١٣١، وما بعدها، مطبعة محمد على صبيح، إرشاد الفحول للشوكاني صـ ٦ مطبعة مصطفى البابي الحلبي أصول الفقه للشيخ / محمد أبو زهرة صـ ٢١ ـ ٢٣ ـ مطبعة دار الفكر العربي.

(٢) مواهب الجليل للحطاب جـ٤ صـ ٢٢٧، وما بعدها ـ ط دار الفكر الطبعة الثانية ، حاشية المدني على كنون جـ ٥ صـ ١١ وما بعدها، ط دار الفكر، المغني والشرح الكبير لابن =

ويرى أكثر فقهاء الحنفية وهو قول فى مذهب الشافعية والإمامية أن الاحتكار مكروه إذا كان يضر بالناس[1].

الأدلة:

استدل جمهور الفقهاء على تحريم الاحتكار بما يأتى :

١- الكتاب:

قوله تعالى: ﴿ **ومن يرد فيه بإلحاد بظلم نذقه من عذاب أليم**﴾[2].

وجه الدلالة:

أن الإلحاد هو الميل بالظلم والعدوان، والظلم منهى عنه وقد توعد الله ﷻ عليه بالعذاب الأليم، والاحتكار من الظلم ويدخل تحت الوعيد، إذ أن الآية قد وردت بصيغة العموم، والوعيد بالعذاب الأليم لا يكون إلا على فعل محرم فيكون الاحتكار محرما، وقد ذكر القرطبى فى تفسيره

= قدامة جـ ٤ صـ ٥١٠، ط دار الغد العربى، كشاف القناع جـ ٣ صـ ١٨، بدائع الصنائع للكاسانى جـ ٥ صـ ١٩٣ ـ ط دار الفكر، نهاية المحتاج للرملى جـ ٣ صـ ٤٧٢ ـ ط مصطفى البابى الحلبى ، روضة الطالبين للنووى جـ ٣ صـ ١٣٠، المحلى لابن حزم جـ ٧ صـ ٥٧٢ ـ ط دار الفكر، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار للمرتضى جـ ٤ صـ ٣١٩، ط دار الكتاب الاسلامى القاهرة، المختصر النافع فى فقه الإمامية للحلى صـ ١٤٤ ـ ط وزارة الأوقاف، شرح كتاب النيل وشفاء العليل لأطفيش جـ ٨ صـ ١٧٤، ط مكتبة الإرشاد جدة.

(١) تكملة شرح فتح القدير لقاضى زادة جـ ١٠ صـ ٥٨، ط دار الفكر ، حاشية ابن عابدين جـ ٦ صـ ٧١٧ وما بعدها، المهذب للشيرازى جـ ١ صـ ٢٩٩ ط مصطفى البابى الحلبى، روضة الطالبين للنووى جـ ٣ صـ ١٣٠، المختصر النافع صـ ١٤٤.

(٢) سورة الحج من الآية : ٢٥.

لهذه الآيةَ أن أبا داود روى عن يعلى بن أمية أن رسول الله ﷺ قـــال :" احتكار الطعام فى الحرم إلحاد فيه"[1] وهو قول عمر بن الخطاب[2].

٣- السنة:

بما روى عن ابن عبد الله العدوى عن رسول الله ﷺ قـــال:" لا يحتكر إلا خاطئ "[3].

وجه الدلالة :

أن هذا الحديث صريح فى تحريم الاحتكار؛ لأن الخـــاطئ هــو العاصى الآثم[4].

- وبما روى عن النبى ﷺ أنه قال:" الجالب مرزوق والمحتكـــر ملعون "[5].

---

(١) الحديث: أخرجه أبو داود فى كتاب المناسك، قال ابن القطان حديث لا يصح، وفى المـيزان هذا الحديث واهى الاسناد .

انظر: سنن أبى دواد جـ ٢ صـ ٢١٢، وما بعدها، ط دار إحياء السنة النبوية، فيض القدير شرح الجامع الصغير للمناوى جـ ١ صـ ١٨٢ ـ ط دار الفكر الطبعة الثانية .

(٢) الجامع لأحكام القرآن الكريم للقرطبى جـ ١٢ صـ ٤٠ ط دار الحديث وراجع أيضا فـى ذلك: تفسير ابن كثير جـ ٣ صـ ٢١٥، مطبعة دار إحياء الكتب العربيـة عيسـى البـابى الحلبى.

(٣) الحديث رواه مسلم

انظر: صحيح مسلم وشرح النووى عليه جـ ٦ صـ ٤٨، دار الحديث.

(٤) المصدر السابق جـ ٦ صـ ٤٩، نيل الأوطار للشـوكانى جـ ٥ صـ ٢٦١، ط دار الحديث.

(٥) هذا الحديث أخرجه ابن ماجه فى كتاب التجارات وفى سنده على بن سالم وهو ضعيف =.

وجه الدلالة:

أن هذا الحديث كما هو ظاهر يدل ـ أيضـــا ـ علـــى تحريــم الاحتكار لأنه لا يلتحق اللعن إلا بمباشرة المحرم؛ ولأن اللعن لا يكـــون إلا لذنب شديد فيكون الاحتكار حراما[١].

- وبما روى عن النبى ﷺ أنه قال :" من احتكر طعاما أربعيـــن ليلة فقد برئ من الله وبرئ الله منه "[٢].

وجه الدلالة :

أن مثل هذا الوعيد الشديد ببراءة ذمة الله ورسوله من المحتكر لا يلحق به إلا إذا كان الاحتكار حراما[٣].

- وبما روى أن عمر بن الخطاب خرج مع أصحابه فرأى طعاما كثـيرا قد ألقى على باب مكة، فقال: " ما هذا الطعام؟ فقالوا: جلب إلينا فقـــال:" بارك الله فيه وفيمن جلبه، فقيل له :" فإنه قد احتكر، قال: من احتكـــره؟ قالوا : فلان مولى عثمان ، وفلان مولاك فأرسل إليهما فقال ما حملكمـا

- أنظر : سنن ابن ماجة جـ ٢ صـ ٧٢٨، التلخيص للحافظ الذهبى بذيل المستدرك علـى الصحيحين جـ ٢ صـ ١١، ط دار المعرفة بيروت لبنان.

(١) بدائع الصنائع للكاسانى جـ ٥ صـ ١٩٣.

(٢) هذا الحديث أخرجه الإمام أحمد وابن أبى شيبة والبزار وأبو يعلى والحالكم، وفيه أبو بشـر الأملوكى ضعفه ابن معين .

انظر: المستدرك على الصحيحين للحاكم جـ ٢ صـ ١١ وما بعدها، مجمع الزوائد ومنبـع الفوائد جـ ٤ صـ ١٠٣، منشروات مؤسسة المعارف ـ بيروت ـ لبنان.

أنظر : سنن ابن ماجه جـ ٢ صـ ٧٢٩، فيض القدير للمناوى جـ ٢ صـ ٣٥.

(٣) بدائع الصناع للكسانى جـ ٥ صـ ١٩٣.

على احتكار طعام المسلمين، قالا: نشترى بأموالنا ونبيع؟ قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول:" من احتكر على المسلمين طعامهم لم يمت حتى يضربه الله بالجذام أو الإفلاس"[1].

وجه الدلالة:

أن مثل هذا الوعيد الدنيوى بالضرب الجذام أو الإفلاس دال على تحريم الاحتكار؛ لأن الوعيد لا يكون إلا على شئ محرم.

٣- المعقول:

أن الاحتكار من باب الظلم؛ لأن ما يباع فى المصر فقد تعلق به حق العامة، فإذا امتنع المشترى عن بيعه عند شدة حاجتهم إليه فقد منعهم حقهم، ومنع الحق عن المستحق ظلم وحرام وقليل مدة الحبس وكثيرها سواء فى حق الحرمة لتحقق الظلم[2].

وقبل أن نختم أدلة القائلين بالتحريم لابد من القول:

بأن ابن حجر الهيثمى قد اعتبر الاحتكار من الكبائر وقال: إن كونه كبيرة هو ظاهر الأحاديث من الوعيد الشديد كاللعنة، وبراءة ذمة الله ورسوله منه، والضرب عليه بالجذام والإفلاس وبعض هذا دليل على الكبيرة[3].

---

(١) الحديث:أخرجه الإمام أحمد وابن ماجه والحاكم، فى الزوائد إسناده صحيح ورجاله موثقون. انظر : سنن ابن ماجه جـ ٢ صـ ٧٢٩، فيض القدير للمناوى جـ ٦ صـ ٣٥.

(٢) بدائع الصنائع للكاسانى جـ ٥ صـ ١٩٣.

(٣) نهاية المحتاج للرملى جـ ٣ صـ ٤٥٦.

واستدل من قال بأن الاحتكار مكروه بنفس الأحاديث السابقة التى تنهى عن الاحتكار حيث حملوا النهى الوارد فى هذه الأحاديث على الكراهة.

بيد أنه يلاحظ أن تصريح علماء الحنفية بالكراهة مطلقا ينصـرف إلى الكراهة التحريمية، وفاعل المكروه تحريما يستحق العقاب كفـاعل الحرام [1].

الرأى الراجح:

نرى رجحان ما ذهب إليه جمهور الفقهاء مـن القـول بتحريـم الاحتكار؛ لصراحة الأدلة فى ذلك؛ ولما فيه من الظلم والضـرر علـى عامة الناس، ولو فرض أن هناك بعض الأحاديث لم تثبت فى الصحيـح فهناك حديث:

:" لا يحتكر إلا خاطئ وقد ورد فى صحيح مسـلم، والتصريـح بـأن المحتكر خاطئ أى آثم يكفى فى إفادة تحريم الاحتكار.

هذه هى أقوال الفقهاء فى حكم الاحتكار ومنه يتبين لنا ــ بحسب ما رجحناه ــ أن الاحتكار حرام مطلقا بدون تخصيص بمكـان معيـن غاية ما فى الأمر أن حرمته فى الحرم أشد لتعظيم الله تعالى لـه؛ لأن الحرام واد غير ذى زرع فالواجب على الناس جلـب الأقـوات إليـه للتوسعة على أهله فمن ضيق عليهم بالاحتكار فقد ظلم نفسه ظلما شديدا فاستحق الوعيد الشديد الوارد فى قوله تعالى :﴿ **ومن يرد فيه بإلحـاد بظلم نذقه من عذاب أليم** ﴾ [2].

(١) مجمع الأنهر جـ ٢ صـ ٥٢٣.

(٢) سورة الحج من الآية : ٢٥.

علة تحريم الاحتكار:

تأكد لنا مما سبق أن الإسلام قد حرم الاحتكـــار وتوعــد عليــه بالعذاب الأليم، لكن ما هى العلة أو الحكمة من وراء هذا التحريم؟

يتضح لنا من مجموع النصوص السابقة ومن اجتهادات الفقــــهاء أن علة تحريم الاحتكار تتمثل فى دفع الظلم والضرر عن عامة النـــاس؛ لأن حبس السلع عن التداول بقصد غلاء الأسعار يؤدى إلى التضييـــق على عامة الناس وإلحاق الضرر بهم، ودفع الضرر من مقصود الشـوع فى الخلق[١] حيث قال النبى ﷺ :" لا ضرر ولا ضرار"[٢].

فحرم الشارع الاحتكار دفعا لهذا الظلم والضرر العام قال النووى فى شرح صحيح مسلم : " والحكمة فى تحريم الاحتكار دفع الضرر عن عامة الناس كما أجمع العلماء على أنه لو كان عند إنسان طعام واضطر الناس إليه ولم يجدوا غيره، أجبر على بيعه دفعا للضرر على الناس"[٣].

---

(١) المستصفى من علم الأصول للغزالى جـ ١ صـ ٢٨٦ ط دار الكتب العلمية بيروت.

(٢) هذا الحديث أخرجه الإمام مالك فى الموطأ عن عمرو بن يحيى المازنى عن أبيه مرســـلا، وأخرجه الحاكم من حديث أبى سعيد الخدرى، بلفظ لا ضرر ولا ضرار من ضار ضاره الله ومن شاق شاق الله عليه وأخرجه ابن ماجه من حديث ابن عباس وعبادة بن الصـــامت ـ رضى الله عنهم .

قال الحاكم فى المستدرك : هذا حديث صحيح الاسناد على شرط مسلم ولم يخرجاه .

أنظر: الموطأ للإمام مالك بن أنس جـ ٢ صـ ٧٤٥ ط دار إحياء الكتب العربية، المستدرك على الصحيحين للحاكم النيسابورى جـ ٢ صـ ٥٨، سنن ابن ماجه جـ ٢ صـ ٧٨٤.

(٣) انظر : صحيح مسلم بشرح النووى جـ ٦ صـ ٤٩ ، ويراجع أيضـــا مواهـب الجليـل للحطاب جـ ٤ صـ ٢٢٨، تكملة المجموع جـ ١٢ صـ ١٢٦ الروض النضـــير شــرح مجموع الفقه الكبير للصنعانى جـ ٣ صـ ٣٠٨، مطبعة دار الجيل ـ بيروت ـ لبنان.

المبحث الثالث

ما يحرم احتكاره من السلع

لقد جرى الخلاف بين الفقهاء هنا فى عدة أمور: ما يكون فيه الاحتكار من السلع، والطعام الذى يحرم احتكاره، والوقت الذى يحرم فيه الاحتكار، ونتناول بيان ذلك بالتفصيل فى المطالب الثلاثة الآتية:

المطلب الأول

ما يكون فيه الاحتكار من السلع

اختلف الفقهاء فى الاحتكار المحرم هل يكون فى الأقوات خاصة أم هـو عام بالنسبة لجميع السلع وللفقهاء فى هذه المسألة ثلاثة آراء:-

الرأى الأول: ذهب جمهور الفقهاء أبـو حنيفـة ومحمـد بـن الحسـن، والشافعية والحنابلة، والإمامية والذيديـة، والإباضيـة إلـى أن الاحتكار لا يكون إلا فى الأقوات فقط(١).

الرأى الثانى :

ذهب المالكية، وأبو يوسف من الحنفية إلى أن الاحتكار يكون فى كل ما يضر الناس حبسه سواء كان قوتا أو لا(٢).

الرأى الثالث:

ذهب محمد بن الحسن فى قوله الثانى إلى أن الاحتكار يكون فـى القوت والثياب (٣).

---

(١) حاشية ابن عابدين جـ ٦ صـ ٧١٧ وما بعدها، تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق جـ ٨ صـ ٣٧٠، ط دار الكتب العلمية بيروت لبنان، المهذب للشيرازى جـ ١ صـ ٢٢٩، نهاية المحتاج للرملى جـ ٣ صـ ٤٧٢، وما بعدها، المغنى والشرح الكبير جـ ٤ صـ ٥١١، كشاف القناع للبهوتى جـ ٣ صـ ١٨٧، المختصر النافع صـ ١٤٤، البحر الزخار جـ ٤ صـ ٣١٩، شرح كتاب النيل وشفاء العليل جـ ٨ صـ ١٧٥-١٧٧.

(٢) المنتقى للباجى جـ ٥ صـ ١٦ ، مواهب الجليل للحطاب جـ ٤ صـ ٢٢٧ ، حاشية ابن عابدين جـ ٦ صـ ٧١٨، بدائع الصنائع جـ ٥ صـ ١٩٣.

(٣) حاشية ابن عابدين جـ ٦ صـ ٧١٨.

الأدلة

استدل جمهور الفقهاء على أن الاحتكار يكون فى الأقوات فقط بالسنة والمعقول:

السنة:

بما رواه ابن ماجه بسنده عن عمر بن الخطاب ﷺ قال:" سمعت رسول الله ﷺ يقول : " من احتكر على المسلمين طعامهم ضربه الله بالجذام والإفلاس "[1].

ومنها ـ أيضا ـ ما رواه الإمام أحمد وابن أبى شيبة والبزار وأبو يعلى أن النبى ﷺ قال :" من احتكر طعاما أربعين ليلة فقد برئ من الله وبرئ الله منه"

وزاد الحاكم : " وأيما أهل عرصة[2] أصبح فيهم امرؤ جائعا فقد برئت منهم ذمة الله"[3].

ومن السنة: ـ أيضا ـ ما روى عن أبى أمامة أن النبى ﷺ نهى أن يحتكر الطعام "[4].

---

(١) قد سبق تخريجه.

(٢) العرصة: ساحة الدار، وهى البقعة الواسعة التى ليس فيها بناء، قال أبو منصور الثعالبى : كل بقعة ليس فيها بناء فهى عرصة.

انظر: المصباح المنير صـ ٤٠٢.

(٣) المستدرك على الصحيحين للحاكم جـ ٢ صـ ١١ وما بعدها.

(٤) الحديث أخرجه الحاكم والبيهقى .

انظر: المستدرك على الصحيحين للحاكم جـ ٢ صـ ١١، السنن الكبرى للبيهقى جـ ٦ صـ ٣٠ دار المعرفة بيروت ـ لبنان .

وجه الدلالة :

أن هذه الأحاديث قد قيدت الاطلاق الوارد فى الحديث الذى رواه مسلم عن معمر بن عبد الله العدوى أن النبى ﷺ قال:" لا يحتكر إلا خاطئ"[1]، وكذا قوله ﷺ :" الجالب مرزوق والمحتكر ملعون "[2] والمطلق يحمل على المقيد كما هو مقرر فى الأصول[3].

وقد ناقش الشوكانى ما استدل به الجمهور :

بأن التصريح بلفظ الطعام فى بعض الروايات لا يصلح لتقييد بقية الروايات المطلقة بل هو من التنصيص على فرد من الأفراد التى يطلق عليها المطلق، وذلك لأن نفى الحكم عن غير الطعام إنما هو لمفهوم اللقب[4]، وهو غير معمول به عند الجمهور، وما كان كذلك لا يصلح للتقييد على ما تقرر فى الأصول[5].

المعقول:

أن الضرر فى الأعم الأغلب إنما يلحق العامة بحبس القوت فلا يتحقق الاحتكار إلا به[6].

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) قد مر تخريجه.

(٣) تكملة المجموع جـ ١٢ صـ ١٢٤.

(٤) مفهوم اللقب : هو أن يذكر الحكم مختص بجنس أو نوع، فيكون الحكم ثابتاً فى موضع النص منفياً فيما عداه.

انظر : أصول الفقه للشيخ محمد أبو زهرة صـ ١٢٠.

(٥) نيل الأوطار للشوكانى جـ ٥ صـ ٢٦٢.

(٦) بدائع الصنائع جـ ٥ صـ ١٩٣، المهذب جـ ١ صـ ٢٢٩.

واستدل المالكية وأبو يوسف من الحنفية على أن الاحتكار يكون في كل ما تدعو إليه حاجة الناس ويتضررون من حبسه بعموم الأحاديث التي تنهى عن الاحتكار؛ ولأن هذا مما تدعو الحاجة إليه لمصالح الناس فوجب أن يمنع من إدخال المضرة عليهم باحتكاره كالطعام(١).

وأما ما ذهب إليه محمد بن الحسن في قوله الثاني بأن الاحتكار يكون في القوت والثياب فقد استدل على ذلك: بأن كلا منهما من الحاجات الضرورية(٢).

الرأى الراجح:

يبدو لي من خلال ما سبق أن الرأى الراجح هو ما ذهب إليه المالكية وأبو يوسف من الحنفية من القول: بأن الاحتكار يكون في كل ما تدعو إليه الحاجة والضرورة ويتضرر الناس من حبسه وذلك استنادا إلى الأحاديث العامة التي لم تفرق في تحريم الاحتكار بين الطعام وبين غيره من السلع، والتصريح بلفظ الطعام في أحاديث أخرى لا يمنع ذلك العموم؛ لأن ذلك من التنصيص على بعض أفراد العام؛ ولأن الضرر الذي يصيب الناس من جراء الاحتكار لا يقف عند حد الأقوات أو الغذاء فقط فقد نكون بصدد احتكار سلعة ضرورية أخرى كالدواء واللباس وغير ذلك مما يترتب على احتكاره من أضرار.

قال الشوكاني بعد أن أورد جملة من الأحاديث التي تنهى عن الاحتكار : " وهذا يدل على تحريم الاحتكار لكل ما تدعو إليه حاجة

---

(١) المنتقى للباجي جـ ٥ صـ ١٦، البناية في شرح الهداية للعيني جـ ٩ صـ ٣٤٤.

(٢) الموسوعة الفقهية الكويتية جـ ٢ صـ ٩٣ نقلا عن الجامع الصغير.

الناس، ويؤيد هذا الحديث :" من دخل فى شئ من أسعار المسلمين ليغليه عليهم كان حقا على الله أن يقعده بعظم من النار يوم القيامة"(١).

فإنه يعم كل ما له سعر .. .. .. وأيضا إذا كانت العلة الإضرار بالمسلمين فهو يشمل كل ما يتضررون بإحتكاره وتدعو حاجتهم إليه، وإن كان التضرر باحتكار الطعام أكثر لمزيد الحاجة إليه (٢).

---

(١) الحديث أخرجه أحمد عن معقل بن يسار ورجاله رجال الصحيح ورواه الطبرانى فى الكبير والأوسط إلا أنه قال:" كان حقا على الله أن يقذفه فى معظم من النار" ورواه الحاكم بلفظ : من دخل فى شئ من أسعار المسلمين ليغلى عليهم كان حقا على الله أن يقذفه فى معظم جهنم، رأسه أسفله".

انظر: مجمع الزائد جـ ٤ صـ ١٠٤، المستدرك على الصحيحين للحاكم جـ ٢ صـ ١٢ وما بعدها.

(٢) السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار للشوكانى جـ ٣ صـ ٨٥ مطبعة وزارة الأوقاف بجمهورية مصر العربية .

المطلب الثانى

الطعام الذى يحرم احتكاره

مما سبق يتضح لى أن الاحتكار يكون فى كل ما تدعو إليه الحاجة والضرورة ويتضرر الناس من حبسه فيشمل الطعام، والدواء، والمسكن، والملبس، وغير ذلك مما يحتاجه الناس.

والآن نبحث أنواع الطعام الذى يحرم احتكاره.

والطعام لغة:

اسم جامع لكل ما يؤكل يقال: طعم يطعم طعما فهو طاعم إذا أكل أو ذاق، قال تعالى: ﴿ **فإذا طعمتم فانتشروا** ﴾ [١] وقال أيضا: ﴿ **إن الله مبتليكم بنهر فمن شرب منه فليس منى ومن لم يطعمه فإنه منى** ﴾ [٢] أى من لم يذقه، والجمع أطعمة.

وأهل الحجاز إذا أطلقوا لفظ طعام عنوا به البر خاصة[٣].

هذا وقد اختلف الفقهاء فى أجناس الطعام الذى يحرم احتكاره على النحو التالى :-

فيرى أبو حنيفة ومحمد بن الحسن أن الطعام الذى لا يجوز احتكاره هو ما كان قوتا لآدمى أو للبهائم كالحنطة، والشعير، والتمر والقت؛ لأن هذه الأشياء هى التى يقع فيها الضرر غالبا"[٤].

---

(١) سورة الأحزاب من الآية: ٥٣.

(٢) سورة البقرة من الآية: ٢٤٩.

(٣) لسان العرب لابن منظور جـ ٤ صـ ٢٦٧٣، مختار الصحاح للرازى صـ ١٦٥.

(٤) البناية شرح الهداية جـ٩صـ ٣٤٤، مجمع الأنهر فى شرح ملتقى الأبحر جـ٢ صـ٥٤٧

ويرى الشافعية والحنابلة أن الاحتكار المحرم لا يعم جميع الأطعمة فما كان قوتا لآدمى كالذرة والأرز، والتمر، والزبيب انصرف النهى إليه، وما ليس بقوت كالادام ، والحلوى، والعسل، والزيت، وأعلاف البهائم فليس فيهما احتكار محرم؛ لأن هذه الأشياء مما لا تعم الحاجة إليها فأشبهت الثياب والحيوانات[1].

وقد توسع فقهاء المالكية وأبو يوسف من الحنفية فى تحديد الجنس الذى يحرم احتكاره من الطعام، وقالوا: إن الحكرة تكون فى كل شئ من طعام وادام وغير ذلك؛ لأن حقيقة الضرر موجودة فى كل شئ، ولعموم النهى أيضا[2].

وهذا الرأى هو الراجح؛ لأن الحنطة والشعير والتمر ليس هو كل ما يحتاجه الناس من الطعام؛ ولأن هذه الأنواع لا تعد غذاء كاملا وصحيحا للإنسان فلا يجوز قصر الاحتكار المحرم عليها، ومن هنا أرجح رأى المالكية وقول الإمام أبى يوسف من أن الاحتكار يكون فى كل شئ من طعام وإدام.

والله أعلم بالصواب

---

(١) مغنى المحتاج جـ ٢ صـ ٣٨، نهاية المحتاج جـ ٤ صـ ٢٧٢، ومـا بعدهـا المغنى والشرح الكبير جـ ٤ صـ ٥١١، كشاف القناع جـ ٣ صـ ١٨٧.

(٢) مواهب الجليل جـ ٤ صـ ٢٢٧، البناية فى شرح الهداية جـ ٩ صـ ٣٤٤.

المطلب الثالث

الوقت الذي يحرم فيه الاحتكار

ثبت مما تقدم أن الاحتكار المحرم لا يقتصر على الحنطة، والشعير، والتمر، بل يشمل كل أنواع الطعام، فهل احتكار هذه الأنواع ممنوع مطلقا فى جميع الأوقات؟ أم أنه ممنوع فى وقت الضرورة والضيق فقط؟

اتفق الفقهاء على أن احتكار الطعام وغيره من السلع لا يجوز حال الضرورة والضيق[1].

وأما فى حال الرخاء والسعة فقد اختلف الفقهاء فى ذلك على رأيين:

الرأى الأول:

ذهب الإمام مالك فيما رواه عنه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون إلى أن احتكار الطعام يمنع فى كل وقت وذلك أخذا بعموم النهى[2].

---

(١) الهداية مع تكملة الفتح جـ ١٠ صـ ٥٨، المنتقى للباجى جـ ٥ صـ ١٦، تكملة المجموع شرح المهذب للمطيعى جـ ١٢ صـ ١٢٥، وما بعدها ، احياء علوم الدين للغزالى جـ ٢ صـ ٧٣، المغنى والشرح الكبير لابن قدامة جـ ٤ صـ ٥١١، المحلى بالآثار لابن حزم جـ ٧ صـ ٥٧٢.

(٢) المنتقى للباجى جـ ٥ صـ ١٦.

الرأى الثانى :

ذهب عامة الفقهاء ومنهم الإمام مالك فيما رواه عنه ابن القاسم إلى أن وقت الرخاء والسعة لا يمنع فيها من احتكار شئ من الأشياء؛ لعدم الضرر فى ذلك، بل أن ابن حزم قد اعتبر ذلك من قبيل البر والإحسان؛ لأن الجلابين إذا باعوا بضاعتهم أكثروا من جلب السلع، وإذا كسدت تجارتهم ولم يجدوا لها بيعا تركوا استيراد وجلب البضائع فيضر بذلك المسلمين [١].

وهذا الرأى هو الراجح؛ لأن حبس السلع فى وقت الرخاء والسعة لا يترتب عليه ضرر بالمستهلكين، وإذا لم يترتب عليه ضرر فليس لمنعه معنى .

والله أعلم بالصواب

(١) المراجع السابقة فى نفس المواضع المشار إليها .

المطلب الرابع

شروط الاحتكار المحرم

تبين لى مما تقدم أن الاحتكار محرم بأدلة صريحة حاسمة، وأنه يشمل القوت وغيره مما يحتاجه الناس من الدواء، والثياب، والوقود، ومواد البناء، وغير ذلك.

وتبين ــ أيضا ــ أن الاحتكار لا يكون له معنى إلا إذا كان في وقت الضرورة والضيق دون وقت الرخاء والسعة.

بيد أنه لا بد هنا من الوقوف على شروط الاحتكار المحرم، والصور التى تدخل فى نطاقه، والتى لا تدخل بسبب اختلال أحد الشروط التى نص عليها الفقهاء، وهو الأمر الذى يحتاج إلى بحث هذه الشروط لبيان ما يعد احتكارا من هذه الصور وما لا يعد، وهذه الشروط هى:

الشرط الأول:

أن يتملك المحتكر السلعة بطريق الشراء من نفس الإقليم الذى ظهرت فيه الضائقة.

وبناء على ذلك لو جلب شيئا، أو أدخل من غلته شيئا فادخره لم يكن محتكرا وهذا هو رأى جمهور الفقهاء[1].

(١) بدائع الصنائع جـ ٥ صـ ١٩٢، وما بعدها ، تكملة البحر الرائق جـ ٨ صـ ٣٧٠، المنتقى للباجى جـ ٥ صـ ١٦، قوانين الأحكام الشرعية لابن جزى صـ ٢٥٨، ط عالم الفكر، المهذب جـ ١ صـ ٢٢٩، روضة الطالبين جـ ٣ صـ ١٣٠، المغنى والشرح الكبير جـ ٤ صـ ٥١٠، وما بعدها ، كشاف القناع جـ ٣ صـ ١٨٧.

وروى عن أبى يوسف أن من حبس غلة أرضه، أو ما جلبه من بلد آخر فإنه يكون محتكرا[1].

الأدلة

استدل الجمهور على أن حبس ما جلبه، أو ما زرعه ليس باحتكار بالسنة والمعقول.

السنة:

بما روى عن النبى ﷺ أنه قال:" الجالب مرزوق .. .. ".

وجه الدلالة:

أن هذا الشخص جالب ، والجالب لا يعد محتكرا، بل أنه مرزوق كما بشره النبى ﷺ [2].

المعقول:

أ- أن حرمة الاحتكار بحبس المشترى فى المصر لتعلق حق العامة به فيصير ظالما بمنع حقهم ولم يوجد ذلك فى المشترى خارج المصر من مكان بعيد؛ لأنه متى اشتراه ولم يتعلق به حق أهل المصر فلا يتحقق الظلم.

ب- أن ما جلبه أو ما زرعه يعد خالص حقه فلم يتعلق به حق العامة فلا يكون احتكارا[3].

---

(١) بدائع الصنائع جـ ٥ صـ ١٩٢.

(٢) المرجع السابق جـ ٥ صـ ١٩٣.

(٣) تكملة البحر الرائق جـ ٨ صـ ٣٧٠، تكملة فتح القدير جـ ١٠ صـ ٥٨.

ج- أن الجالب لا يضيق على أحد ولا يضر به بل ينتفع، فإن النـــاس إذا علموا عنده طعاما معدا للبيع كان ذلك أطيب لقلوبهم من عدمه[1].

واستدل أبو يوسف على أن من حبس غلة أرضه أو ما جلبه من بلـــد آخر فإنه يكون محتكرا بقوله ﷺ " الجالب مرزوق والمحتكر ملعـــون " حيث ورد لفظ اللعن مطلقا فيشمل أيضا من زرع، أو جلـــب وحبـــس السلعة عن الأسواق[2].

واستدل أيضا من جهة المعقول : بـــأن كراهـــة الاحتكـــار بالشـــراء والامتناع عن البيع لمكان الإضرار بالعامة وقد وجد هنا فيكـــون هـــذا الحبس احتكارا[3].

الرأى الراجح:

نرى ترجيح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من القـــول: بـــأن مـــن حبس غلة أرضه أو ما جلبه من بلد آخر لا يعتبر محتكرا بشـــرط أن لا يضيق على أحد؛ لأن هذا الجلب أو الاستيراد بالتعبير المعـــاصر لـــو اعتبر احتكارا ما أقدم أحد على ذلك وعندئذ ستزداد المشـــكلة تعقيـــدا؛ ولأن من حبس غلة أرضه فهو خالص حقه لا يتعلق به حق أحـــد فـــلا يكون محتكرا، لكن من الأفضل أن لا يفعل ذلـــك ويبيـــع كمـــا ذكـــر الكاسانى فى البدائع لأن هذا الحبس قد يترتب عليه ضرر بالمسلمين ولا

---

(١) المغنى والشرح الكبير جـ ٤ صـ ٥١٠، وما بعدها.

(٢) تكملة فتح القدير جـ ١٠ صـ ٥٨، البناية شرح الهداية جـ ٩ صـ ٣٤٧.

(٣) بدائع الصنائع جـ ٥ صـ ١٩٢.

سيما فى أوقات الضرورة والشدة[1]، ومن ثم فإن ترك هذا الحبس أو الادخار أفضل وأولى .

هل يجبر الجالب ومن حبس غلة أرضه على البيع؟

من حبس غلة أرضه أو ما جلبه من بلد آخر يجبر على البيع إن اضطر الناس إلى ذلك، جاء فى تكملة ابن عابدين بخصوص هذه المسألة: " وهل يجبر على بيعه؟ الظاهر نعم إن اضطر الناس إليه "[2].

وجاء فى حاشية الرهونى نقلا عن ابن رشد:" وإذا وقعت الشدة أمر أهل الطعام بإخراجه مطلقا ولو كان جالبا له، أو كان من زراعته"[3].

ولم أقف على نص لفقهاء الشافعية والحنابلة بخصوص هذه المسألة إلا أن ما صرحوا به من أن المحتكر يجبر على البيع كما يبيع الناس دفعا للضرر[4]، فالظاهر أنهم يرون جبر المستورد ومن حبس غله أرضه على البيع إن اضطر إلى الناس إلى ذلك دفعا للضرر.

---

(١) بدائع الصنائع جـ ٥ صـ ١٩٣.

(٢) تكملة ابن عابدين جـ ٢ صـ ٧١٩.

(٣) حاشية الرهونى جـ ٥ صـ ١١ وما بعدها، وراجع أيضا التاج والإكليل للمواق جـ ٤ صـ ٣٨٠.

(٤) نهاية المحتاج جـ ٣ صـ ٤٧٢، كشف القناع جـ ٣ صـ ١٨٨، المبدع جـ ٤ صـ ٤٨.

الشرط الثانى :

أن يكون المحتكر متربصا به الغــــلاء، أى يريــد بــه ارتفــاع الأسعار[١] ويدل على ذلك ما روى عن أبى هريرة أن النبــى ﷺ قال: من احتكر حكرة يريد أن يغلى بها علـــى المســلمين فـــهو خاطئ " وزاد الحاكم: وقد برئت منه ذمة الله"[٢].

وقوله ﷺ :" من دخل فى شئ من أسعار المسلمين ليغليه عليـــهم كان حقا على الله أن يقعده بعظم من النار"[٣].

وبناء على ذلك: فإن التاجر الذى لديه مخزون من الســلعة قبــل الأزمة ولم يقصد التحكم فى السعر فلا يعتبر محتكرا، وكذلك الحال لــو قصد بالتخزين توفير السلعة فى وقت عدم إنتاجها كما هو الحال فـــى كثير من السلع الزراعية لا يعد ذلك احتكارا بشرط طرح الســلعة فـــى الأسواق عندما يحتاجها الناس.

ولو انفردت الدولة بإنتاج وتوزيع سلعة معينة بقصد الحماية مـــن جشع الأفراد أو لتحقيق العدالة الاجتماعية، فلا تدخل هذا الصورة فـــى

---

(١) حاشية سعد جلبى بهامش فتح القدير جـ ١٠ صـ ٥٨، المنتقى جـ ٥ صـ ١٥، تكملة المجموع جـ ١٢ صـ ١٢٥، كشاف القناع جـ ٣ صـ ١٨٧، الروض النضير جـ ٣ صـ ٥٨٧، شرح كتاب النيل جـ ٨ صـ ١٧٧.

(٢) الحديث رواه أحمد والحاكم، قال الذهبى فى التلخيص: فيه اسحاق العسيلى كان يسرق الحديث، وقال فى المهذب : حديث منكر.

انظر: المستدرك على الصحيحين للحاكم جـ٢صـ١٢، فيض القدير للمناوى جـ٦صـ٣٥.

(٣) قد سبق تخريج هذا الحديث.

الاحتكار الآثم، ومن ثم فإن الاحتكار لا يعد آثما إلا إذا كان بقصد اغلاء السعر[1].

الشرط الثالث:

أن يكون الشئ المحتكر مما يحتاج إليه الناس؛ لأن ادخار ما لا حاجة للناس إليه لا يضر بهم، إلا إذا كان فعله لذلك يفضى إلى الغلاء فإنه يتناوله قوله ﷺ :" من دخل فى شئ من أسعار المسلمين ليغليه عليهم .. .. " ولذلك وجدنا بعض الأحاديث الواردة فى باب الاحتكار تركز على الطعام وهو كما نعلم سلعة ضرورية لا يستغنى عنها أحد[2].

الشرط الرابع:

أن يكون الشئ المحتكر فاضلا عن كفايته وكفاية من يعولهم لمدة سنة كاملة ويدل على ذلك ما روى عن عمر بن الخطاب ﷺ أن رسول الله ﷺ كان يبيع نخل بنى النضير ويحبس لأهله قوت سنتهم "[3].

وبناء على ذلك: لو قصد الشخص بالتخزين تأمين حاجات نفسه وعياله ولم يقصد الربح فإنه لا يعد محتكرا.

---

(١) مبادئ الاقتصاد الإسلامى والاقتصاد الوضعى د./ ربيع محمود الروبى صـ ٣٤٦، وما بعدها ـ مكتب إتش للآلات الكاتبة وطباعة الأوفست القاهرة ١٩٨٣ م. - ١٤٠٣ هـ.

(٢) البحر الزخار جـ ٤ صـ ٣١٩، السيل الجرار جـ ٣ صـ ٨٥، الروض النضير جـ ٣ صـ ٣٠٨.

(٣) الحديث أخرجه البخارى فى صحيحه

انظر : صحيح البخارى مع الفتح جـ ١٥ صـ ١٥٥.

الشرط الخامس:

أن يكون الشراء فى وقت الغلاء للتجارة ويحبسه ليغلو ثمنه، وأما إذا اشترى فى وقت الرخص وادخره فليس باحتكار ولا تحريم فيه، وهذا الشرط قد نص عليه فقهاء الشافعية[1].

الشرط السادس:

أن يكون الحبس لمدة معينة، ولم ينص على ذلك سوى فقهاء الحنفية والإمامية ، والإباضية، وقد اختلفوا فى تحديد هذه المدة، فقد جاء فى الهداية للمرغينانى:" ثم المدة إذا قصرت لا يكون احتكارا لعدم الضرر، وإذا طالت يكون احتكارا مكروها لتحقق الضرر، ثم قيل: هى مقدرة بأربعين يوما لقول النبى ﷺ :" من احتكر طعاما أربعين ليلة فقد برئ من الله وبرى الله منه"

وقيل : بالشهر؛ لأن ما دونه قليل عاجل، والشهر وما فوقه كثير آجل.. ويقع التفاوت فى المأثم بين أن يتربص العسرة وبين أن يتربص القحط والعياذ بالله، وقيل : المدة للمعاقبة فى الدنيا، وأما الإثم ــ أى الأخروى فيتحقق ــ وإن قلت المدة" [2].

(١) المهذب للشيرازى جـ ١ صـ ٢٩٩، روضة الطالبين للنووى جـ ٣ صـ ١٣٠، تكملة المجموع للمطيعى جـ ٢ صـ ١٢٦.

(٢) الهداية مع البناية جـ٩ صـ ٣٤٥، وما بعدها، وراجع أيضا فى ذلك تكملة ابن عابدين جـ ٦ صـ ٧١٨.

وجاء فى المختصر النافع فى فقه الإمامية : " وقيل : أن تستبقية فى الرخص أربعين يوما، وفى الغلاء ثلاثة"[1].

وجاء فى شرح كتاب النيل وشفاء العليل :" فلو اشتراه لينتظر به الغلاء يوما أو نصف يوم أو ثلثه أو ساعة أو أقل أو أكثر لكان محتكروا ولا حد لذلك، وقيل : يحد بثلاثة أيام فيجوز ادخاره ليومين أو يوم، وقيل: يحد بأربعين يوما فيجوز ادخاره لما دونها، لقوله ﷺ :" من احتكر على المسلمين طعامهم أربعين ليلة.. .. " [2].

ونرى أن الرأى الراجح هو ما ذكره الكاسانى فى البدائع : " أن قليل مدة الحبس وكثيرها سواء فى حق الحرمة؛ لتحقق الظلم"[3]؛ ولأن التحديد بالأربعين كما جاء فى الحديث قد جرى مجرى الغالب من أن الغلاء يظهر لأربعين يوما فأكثر، أو أن المقصود من الحديث التغليظ على من حبس الطعام أربعين يوما، وليس المقصود تحديد مدة الاحتكار، إذ أن الضرر يتحقق بمجرد حبس السلع عن البيع.

احتكار الصنف والعمل:

إن الاحتكار ليس قاصرا على الصور التى ذكرناها ـ آنفا ـ من خلال بحث الشروط التى يتحقق بها الاحتكار، بل يشمل ـ أيضا ـ كلى ما يكون فى معناه مثل احتكار الصنف والعمل.

---

(١) المختصر النافع صـ ١٤٤.

(٢) شرح كتاب النيل وشفاء العليل جـ ٨ صـ ١٧٧، وما بعدها.

(٣) بدائع الصنائع للكاسانى جـ ٥ صـ ١٩٣.

احتكار الصنف:

وقد بين صفة ذلك ابن القيم فقال:" أن يلزم أن لا يبيع الطعـــام أو غيره من الأصناف إلا ناس معروفون، فلا تباع تلك السلع إلا لهم ، ثــم يبيعونها هم بما يريدون، فلو باع غيرهم ذلك منع وعوقب، فـــهذا مـــن البغى فى الأرض والفساد والظلم، وهؤلاء يجب التسـعير عليـهم، وأن لايبيعوا إلا بقيمة المثل، ولا يشتروا إلا بقيمة المثل، بلا تردد فى ذلـــك عند أحد من العلماء"[1].

احتكار العمل:

وقد صور ابن القيم ذلك بقوله:" منع غير واحد مـــن العلمـــاء ــ كأبى حنيفة وأصحابه ــ القسامين الذى يقسمون العقار وغيره بالأجرة : أن يشتركوا، فإنهم إذا اشتركوا والناس محتاجون إليهم أغلـــوا عليـــهم الأجرة.

وكذلك ينبغى لوالى الحسبة، أن يمنع مغسلى الموتى والحمـــالين لهم من الاشتراك؛ لما فى ذلك من اغلاء الأجرة عليهم، وكذلـــك كـل طائفة يحتاج الناس إلى منافعهم "[2].

ويتضح مما تقدم ما يلى :

١- أن من منع غيره أن يبيع ذلك الصنف أو النوع أو يشـــتريه فـــلا تباع السلع إلا لأشخاص معينين ثم يبيعواهم بما شاءوا، أو يشـــتروا

---

(١) الطرق الحكمية فى السياسة الشرعية لابن القيم صـــ ٢٤٥ ــ ط دار الكتـب العلميـة ــ بيروت ــ لبنان.

(٢) المرجع السابق صـــ ٢٤٦.

بما شاعوا كان ذلك المنع ظلما للبائعين الذين يريدون بيع تلك السلع، وظلما للمشترين منهم أيضا، وهذا المنع يعد فى معنى الاحتكار، ولذلك يجب على الحاكم أن يسعر على هؤلاء الأشخاص وأن لا يبيعوا إلا بقيمة المثل، وفى تقديرى الشخصى إذا لم تفلح عقوبة التسعير فى ردع هؤلاء الأشخاص فيجب على الشرطة الموكلة بالتموين أن تمنع هؤلاء الأشخاص من دخول الأسواق؛ لأن إقرارهم على ذلك معاونة لهم على الظلم والعدوان وقد قال الله تبارك وتعالى : ﴿ **وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان**﴾[1]. ولا ريب أن هذا من البغى فى الأرض والظلم والعدوان .

٢- أن أرباب الصناعات المختلفة من الفلاحين ، والنساجين والخياطين، والمهندسين، والأطباء وغيرهم إذا أغلوا الأجرة عن طريق الاشتراك أو الاتفاق، أو التواطؤ مع بعضهم، فإن ذلك يعد من قبيل الاحتكار المحرم؛ لما فى ذلك من إلحاق الضرر بالناس؛ ولذلك يجوز لولى الأمر فى هذه الحالة أن يقدر لهم أجرة المثل.

(١) سورة المائدة من الآية: ٢.

المبحث الخامس

حكم ادخار الأقوات الضرورية

قبل أن نبين حكم ادخار الأقوات الضرورية، ينبغي علينا أن نعرف الادخار؛ لأن الحكم عن الشئ فرع عن تصوره، ولا يكون الحكم صحيحا إلا إذا كان التصور صحيحا أيضا، إذ لا تصديق بلا تصور.

تعريف الادخار فى اللغة:

أصل كلمة ادخار فى اللغة: اذتخار، وهو افتعال من الذخر، فأدغمت الذال التاء دالا مشددة تسهيلا على النطق فصارت الكلمة ادخار، ومعنى ادخر الشئ : جمعه وحفظه لوقت الحاجة إليه [1].

ويراد به عند الفقهاء:

الحبس للقوت وغيره مما يحتاج إليه الناس.

وهو بهذا المعنى يرادف المعنى اللغوى .

حكم ادخار القوت وغيره مما يحتاج إليه الناس:

اتفق الفقهاء على جواز الادخار فى الجملة بشرط أن لا ينوى به التجارة، قال ابن رسلان فى شرح السنن:" ولا خلاف فى أن ما يدخره الإنسان من قوت وما يحتاجون إليه من سمن وعسل وغير ذلك جائز لا بأس به"[2].

---

(١) لسان العرب لابن منظور جـ ٣ صـ ١٤٩٠.

(٢) تكملة المجموع للمطيعى جـ ١٢ـ ١٢٤، نيل الأوطار للشوكانى جـ ٥ صـ ٢٦٢.

ويدل على جواز الادخار ما ثبت أن النبى ﷺ كا يبيع نخل بنـــى النضير ويحبس لأهله قوت سنتهم"[1].

وهل يجوز الادخار فيما زاد على السنة :

اختلف الفقهاء فى ذلك:

فيرى جمهور الفقهاء المالكية والحنابلة والظاهرية، وهو الأوجـــه عند الشافعية أنه يجوز الادخار مطلقا بدون تقييد بمدة معينة"[2].

واستدلوا على ذلك بأن النبى ﷺ قد حبس قوت أهله سنة ولم يمنع من أكثر فصح أن إمساك ما لابد منه مباح والشراء مباح أيضا[3].

ويرى الشافعية فى وجه آخر: أنه يكره ادخار ما فضل عن كفايته لمدة سنة وذلك اتباعا للخبر الوارد فى ذلك[4].

وما ذهب إليه جمهور الفقهاء فى ذلك هو الـــرأى الراجـــح؛ لأن التقييد بالسنة كما ذكر ابن حجر العسقلانى فى الفتح إنما جاء لضـــرورة الواقع؛ لأن الذى كان يدخر لم يكن يحصل إلا من السنة إلى السنة؛ لأنه كان إما تمرا، وإما شعيرا، فلو قدر أن شيئا مما يدخر كان لا يحصـــل إلا من سنتين إلى سنتين لاقتضى الحال جواز الادخار لأجل ذلك[5].

---

(١) الحديث قد مر تخريجه صـــ٢٢٣.

(٢) مواهب الجليل للحطاب جـــ ٢ صـــ ٢٢٧ ، كشاف القناع للبهوتى جـــ ٣ صـــ ١٨٨، المحلى لابن حزم جـــ ٧ صـــ ٥٧٣، نهاية المحتاج للرملى جـــ ٣ صـــ ٤٧٢.

(٣) المحلى لابن حزم جـــ ٧ صـــ ٥٧٣.

(٤) نهاية المحتاج جـــ٣ صـــ ٤٧٢، حاشية الشيخ سليمان ـــ الجمل على شرح المنهج جـــ ٣ صـــ ٩٣.

(٥) فتح البارى بشرح صحيح البخارى جـــ ١٥صـــ ١٥٦.

حكم ادخار القوت لمن يشتريه من السوق:

اختلف الفقهاء فى جواز ادخار القوت لمن يشتريه من السوق ونترك الحطاب فى مواهب الجليل يتحدث عن هذا الخلاف فيقول:" وأما إذا اشترى من السوق فأجازه قوم، ومنعه آخرون إذا أضر بالناس.

ونقله النووى عن القاضى عياض فى الاشتراء من السوق وأنه إن كان فى وقت ضيق الطعام فلا يجوز بل يشترى مالا يضيق على المسلمين كقوت أيام أو أشهر، وإن كان فى وقت سعة اشترى قوت سنة كذا نقل القاضى هذا التفصيل عن أكثر العلماء، وعن قوم إباحته مطلقا"(١).

ويتضح مما تقدم:

أن الخلاف المذكور بين العلماء إذا كان الشراء فى حال الرخاء والسعة، وأما إذا كان الشراء فى حال الضيق فلا يجوز الادخار أصلا إرفاقا بالناس وحتى لا يؤثر ذلك على الأسعار.

حكم جبر المدخر على بذل ما ادخره فى وقت الضرورة والشدة:

اتفق الفقهاء على أن من ادخر شيئا من الأقوات الضرورية لنفسه أو لعياله ولم يكن محتاجا إليه حالا واضطر إليه أحد غيره لزمه بذله للمضطر بقيمته؛ لأنه يتعلق به إحياء نفس معصوم فلزمه بذله إليه(٢).

---

(١) مواهب الجليل للحطاب جـ ٤ صـ ٢٢٨.

(٢) الاختيار لتعليل المختار جـ ٤ صـ ١٧١ ط حاشية الدسوقى جـ ٢ صـ ١١٢، ط دار إحياء الكتب العربية أسنى المطالب شرح روضة الطالب جـ ١ صـ ٥٧٢، كشاف القناع جـ ٦ صـ ١٩٨، الطرق الحكمية صـ ٢٦٢.

وأما إذا كان محتاجا إلى الشئ المدخر حالا كما إذا اشتدت المخمصة فى سنة المجاعة وأصابت الضرورة خلقا كبيرا، وكان عند بعض الناس قدر كفايته وكفاية عياله لم يلزم بذله للمضطرين؛ لأن الضرر لا يزال بالضرر"[1].

ادخار الدولة للأقوات والسلع الضرورية :

يجب على الدولة أن تدخر من الأقوات والسلع الضرورية لما يلحق بالمسلمين من حوادث وأزمات؛ لأن ذلك مما تقتضيه المصلحة، ففى ذلك إبقاء لحياة المسلمين .

ويمكن أن نستدل لذلك بما جاء فى سورة يوسف مع ملك مصر قال الله تعالى :﴿ **يوسف أيها الصديق افتنا فى سبع بقرات سمان يأكلهن سبع عجاف وسبع سنبلات خضر وأخر يابسات لعلى أرجع إلى الناس لعلهم يعلمون * قال تزرعون سبع سنين دأبا فما حصدتم فذروه فى سنبله إلا قليلا مما تأكلون * ثم يأتى من بعد ذلك سبع شداد يأكلن ما قدمتم لهن إلا قليلا مما تحصنون** ﴾ [2].

---

(١) كشاف القناع للبهوتى جـ ٦ صـ ٢٠٠، وانظر أيضا المراجع السابقة فى نفس المواضع المشار إليها.

(٢) سورة يوسف الآيات : ٤٦ – ٤٨.

فقد قص الله ﷻ علينا ذلك من غير نكير، وما قصه الله ﷻ عن الأمم الماضية بلا إنكار يكون شرعا لنا ما دام لم يظهر في شرعنا ما ينسخه أو يخالفه.

قال القرطبي بعد أن ذكر معاني هذه الآيات : " هذا يدل على جواز احتكار ـ أي إدخار ـ الطعام إلى وقت الحاجة"[١].

(١) تفسير القرطبي جـ ٩ صـ ٢١٠.

الفصل الثاني

الوسائل الشرعية لعلاج ظاهرة الاحتكار

تمهيد

من المعلوم أن موارد الأحكام قسمان: مقاصد وهى الأمور المكونة للمصالح والمفاسد، ووسائل وهى الطرق الشرعية المفضية إليها، وحكمها حكم ما أفضت إليه من تحليل أو تحريم[1].

ولا ريب أن منع الاحتكار يحقق مصلحة عامة للمسلمين ويدفع عنهم مفسدة.

وإذا نظرنا فى الأحكام المتعلقة بالاحتكار نجد أن الإسلام يحرم الاحتكار ويتوعد عليه بالعذاب الأليم فى الدنيا والآخرة، ويخص بشدة على جلب السلع والبضائع، وهذه ليست هى الوسيلة الوحيدة لمنع الاحتكار بل هناك وسائل أخرى منها التسعير، وبيع مال المحتكر جبراً، والتعازير المختلفة التى يتخذها الحاكم بقصد الردع والزجر.

وعلى ضوء ما تقدم يمكن أن نقسم الوسائل التى يعالج بها الإسلام ظاهرة الاحتكار فى المباحث التالية:-

المبحث الأول: الترهيب والترغيب.

المبحث الثانى : التسعير.

المبحث الثالث: بيع مال المحتكر جبراً.

المبحث الرابع : توقيع عقوبة تعزيرية على المحتكر.

(١) أصول الفقه للشيخ محمد أبو زهرة صـ ٢٢٨.

المبحث الأول

الترهيب والترغيب

الترهيب :

حرم الإسلام الاحتكار بنصوص قاطعة وتوعد عليه بالعذاب الأليم في الدنيا والآخرة لينبه بهذا الوعيد القلوب الغافلة ويحرك النفوس المؤمنة إلى المنافسة الشريفة في التجارة وجلب السلع التي يحتاجها الناس.

العذاب الدنيوي :

فقد روى عن عمر بن الخطاب ﷺ عن النبي ﷺ أنه قال:" من احتكر على المسلمين طعامهم ضربه الله بالجذام والإفلاس ".

ففي هذا الحديث وعيد شديد للمحتكرين في الدنيا بالضرب بالجذام والإفلاس نتيجة لأكلهم أموال الناس بغير حق وطمعهم في الغنى على حساب من يستحق العون والمساعدة.

العذاب الأخروي:

لم يقف الإسلام عند حد الوعيد بالعذاب الدنيوي لمن يحتكر أقوات الناس وحاجتهم الضرورية بل هدد الإسلام أيضاً بالعذاب الأخروي وفي ذلك يقول النبي ﷺ :" من دخل في شئ من أسعار المسلمين ليغليه عليهم كان حقا على الله أن يقعده بعظم من النار يوم القيامة".

وفي حديث ثان عن ابن عمر قال : قال رسول الله ﷺ :" من احتكر الطعام أربعين يوماً فقد برئ من الله وبرئ الله منه".

فهذا إعلان للمحتكرين ببراءتهم من الله وبراءة الله منهم، وهذه البراءة لم يعلنها الله ﷻ إلا للمشركين[1] قال تعالى: ﴿ **وأذان من الله ورسوله إلى الناس يوم الحج الأكبر أن الله برئ من المشركين ورسوله**﴾[2].

الترغيب بجلب السلع والبضائع:

لم يقف الإسلام فى معالجته للاحتكار عند التحذير والوعيد الشديد بل رغب بشدة فى جلب للسلع والبضائع، واقترن هذا الترغيب بالمثوبة فى الدنيا والآخرة فقد روى عن النبى ﷺ أنه قال:" من جلب طعاما فباعه بسعر يومه فكأنما تصدق به" وفى لفظ آخر" فكأنما أعتق رقبة"[3]: وروى عن النبى ﷺ أنه قال :" الجالب مرزوق والمحتكر ملعون".

والجالب هو الذى يشترى الطعام ويبيعه للناس فهو مرزوق؛ لأن الناس ينتفعون به فيناله بركة دعاء المسلمين، والمحتكر هو الذى يشترى للمنع فيضر بالناس[4].

وفى تصورى وتقديرى الشخصى أن الجلب أو الاستيراد بالتعبير المعاصر يعتبر من أحسن الوسائل لعلاج ظاهرة الاحتكار؛ لأن فى

---

(١) من توجيهات الإسلام للشيخ شلتوت صـ ١٨١.

(٢) سورة التوبة من الآية : ٣ .

(٣) الحديث أخرجه ابن مردوية فى التفسير من حديث ابن مسعود بسند ضعيف انظر : المغنى عن حمل الأسفار فى الأسفار فى تخريج ما فى الأحياء من الأخبار للحافظ العراقى بذيل أحياء علوم الدين للغزالى جـ٢ صـ٧٣ .

(٤) البناية فى شرح الهداية للعينى جـ ٩ صـ ٣٤٢.

الجلب زيادة السلع المعروضة، وإذا زاد العرض نقص السعر وتختفي الأزمة نتيجة لذلك ولا يكون للاحتكار معنى.

وبناء على ذلك يمكننا أن نقرر: أنه يجب على الدولة في الضائقات أن تفتح باب الاستيراد؛ لأن الاحتكار ذريعة إلى التضييق على الناس وكما أن الاحتكار حرام لذلك، فالجلب أو الاستيراد واجب في وقت الضيق والشدة؛ لأنه ذريعة إلى التوسعة، ولذا قال النبي ﷺ " الجالب مرزوق ".

وهكذا نجد أن الإسلام يحارب الاحتكار بتحريمه والتحذير الشديد منه ويحث بشدة على جلب البضائع حتى تختفي الأزمة من الأسواق.

المبحث الثاني

التسعير

تمهيد:

ثبت لنا مما سبق أن الإسلام حرم الاحتكار وتوعد عليه بالعذاب الأليم فى الدنيا والآخرة، وحض بشدة على جلب السلع والبضائع، إلا أن ذلك قد لا يكفى لعلاج هذه الظاهرة السيئة؛ لأن النفس أمارة بالسوء ، وعليه تقترن هذه الوسيلة بوسائل أخرى تساهم فى علاج هذه المشكلة، ومن ذلك ما قرره بعض فقهاء الشريعة الإسلامية من جواز التسعير إذا كان التجار يحتكرون على المسلمين ويتعدون بالقيمة تعديا فاحشاً.

ولكى يتضح هذا الأمر جليا نبين معنى التسعير، وأنواعه، وحكم كل نوع وصفته، وما يتعلق به من المبيعات، وحكم البيع مع مخالفته، وها نحن نتحدث عن كل ذلك على هذا الترتيب.

تعريف التسعير:

التسعير لغة : تقدير السعر، يقال : سعر الشئ إذا قدر سعره[1].

وقد عرفه الشوكانى: بأن يأمر الحاكم أو نائبه أهل السوق أن لا يبيعوا أمتعتهم إلا بسعر كذا فيمنعوا من الزيادة عليه أو النقصان لمصلحة[2].

أنواع التسعير:

التسعير على نوعين:

---

(١) مختار الصحاح للرازى صـ ١٢٦، لسان العرب لابن منظور جـ ٣ صـ ٢٠١٥.

(٢) نيل الأوطار للشوكانى جـ ٥ صـ ٢٦٠.

أحدهما:

أن يكون للناس سعر غالب وأراد بعضهم أن يبيع بأنقص منه.

وثانيهما:

أن يحدد الحاكم لأهل السوق سعر معين لا يجوز الزيادة عليه[١].

ونبين فيما يلى حكم هذين النوعين :

النوع الأول

البيع بأنقص من السعر الغالب

إذا كان للناس سعر غالب وأراد بعض التجار أن يبيع بأنقص منه فهل يمنع من النقصان أم لا ؟

يرى الإمام مالك أنه يمنع من ذلك.

واحتج بما رواه فى الموطأ عن سعيد بن المسيب: "أن عمر بن الخطاب مر بحاطب بن أبى بلتعة وهو يبيع زبيبا له بالسوق فقال له عمر: إما أن تزيد فى السعر ، وإما أن ترفع من سوقنا"[٢].

ومعنى ذلك: أن حاطب بن أبى بلتعة كان يبيع دون سعر الناس فأمره عمر أن يلحق بهذا السعر أو يقوم من السوق[٣].

وقد عارض الإمام مالك فى ذلك الشافعى وابن حزم فقالا: يجوز لمن أتى السوق أن يبيع بأقل أو أكثر.

---

(١) المنتقى للباجى جـ ٥ صـ ١٧ وما بعدها.

(٢) الموطأ للإمام مالك بن أنس جـ ٢ صـ ٦٥١.

(٣) المنتقى للباجى جـ ٥ صـ ١٧.

وأما الشافعى فقد احتج بما رواه بإسنادة عن عمر:" أنه مر بحاطب ابن أبى بلتعة بسوق المصلى وبين يديه غرارتان فيهما زبيب فسأله عن سعرهما فسعر له مدين بدرهم فقال عمر: لقد حدثت بعير مقبلة من الطائف تحمل زبيباً وهم يعتبرون سعرك فإما أن ترفع فى السعر وإما أن تدخل زبيبك البيت فتبيعه كيف شئت فلما رجع عمر حاسب نفسه ثم أتى حاطباً فى داره فقال له: إن الذى قلت لك ليس بعزيمة منى ولا قضاء إنما هو شئ أردت به الخير لأهل البلد فحيث شئت فبع وكيف شئت فبع" ، قال الشافعى: وهذا الحديث مستقصى ليس بخلاف لما روى مالك، ولكنه روى بعض الحديث أو رواه من روى عنه وهذا أتى بأول الحديث وآخره وبه أقول؛ لأن الناس مسلطون على أموالهم ليس لأحد أن يأخذها ولا شيئاً منه بغير طيب أنفسهم إلا فى الموضع التى تلزمهم وهذا ليس منها"[1].

وأما ابن حزم فقد رد على استدلال المالكية بحديث عمر بأنه لا حجة لهم فيه لوجوه:

١- أنه لا حجة فى قول أحد دون قول النبى ﷺ .

٢- أن هذا الحديث لم يصح عن عمر؛ لأن سعيد بن المسيب لم يسمع عنه .

(١) الحاوى الكبير للماوردى جـ ٥ صـ ٤٠٧، تكملة المجموع جـ ١٢ صـ ١١٤.

٣- أنه لو صح لكانوا قد أخطأوا فيه على عمر، وتأولوه بما لا يجوز وإنما أراد عمر بقوله: إما أن تزيد في السعر، أن تبيع من المكاييل أكثر مما تبيع بهذا الثمن.

وقد جاء عن عمر مبينا في الخبر الذي رويناه من طريق عبد الرازق عن ابن جريج عن عمرو بن شعيب قال: وجد عمر حاطب بن أبي بلتعة يبيع الزبيب بالمدينة فقال: كيف تبيع يا حاطب ؟ فقال : مدين، فقال عمر: تبتاعون بأبوابنا وأفنيتنا، وأسواقنا، تقطعون في رقابنا، ثم تبيعون كيف شئتم، بع صاعاً، وإلا فلا تبع في أسواقنا وإلا فسيروا في الأرض ثم اجلبوا ثم بيعوا كيف شئتم.

فهذا خبر عمر مع حاطب في الزبيب كما يجب أن يظن بعمر، فإن قالوا : في هذا ضرر على أهل السوق؟

قلنا: هذا باطل، بل في قولكم أنتم الضرر على أهل البلد كلهم، وعلى المساكين، وعلى هذا المحسن إلى الناس، ولا ضرر في ذلك على أهل السوق؛ لأنهم إن شاءوا أن يرخصوا كما فعل هذا فليفعلوا والا فهم أملك بأموالهم كما هذا أملك بماله، والحجة القاطعة في هذا قوله تعالى : ﴿إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾ (١).

وقوله تعالى : ﴿ وأحل الله البيع ﴾ (٢).

---

(١) سورة النساء من الآية: ٢٩.

(٢) سورة البقرة من الآية: ٢٧٥ ، وانظر : المحلى لابن حزم جـ ٧ صـ ٥٣٧، وما بعدها.

والرأى الراجح فى ذلك:

أن هذا يرجع تقديره لولى الأمر فإن رأى أن انقاص السعر بهذه، الطريقة يفسد على أهل السوق بيعهم، ويؤدى إلى الشغب والمنازعة، وإلى احتكار قلة من التجار للسوق ليرفعوا السعر بعد ذلك فإنه يمنع منه ويأمر بالبيع بالسعر العادل الذى يحقق به مصلحة أهل السوق والناس جميعاً، وإن رأى أن انقاص السعر لا يؤدى إلى ذلك فإنه يترك الناس أحراراً فى بيعهم وشرائهم سواء باعوا بأقل أو أكثر.

النوع الثانى

تسعير السلعة بمبلغ معين لا يجوز الزيادة عليه

إذا حدد الحاكم للتجار سعراً معيناً لا يجوز تجاوزه فقد اختلف الفقهاء فى ذلك على ثلاثة آراء:

الرأى الأول: وهو لجمهور الفقهاء فقد قالوا : بأن التسعير محرم.

الرأى الثانى : ذهب بعض الفقهاء إلى أن التسعير جائز.

الرأى الثالث: يرى الحنفية أن التسعير مكروه إلا إذا تعلق به دفع الضرر عن العامة فإنه يجوز

الرأى الأول:

ذهب جمهور الفقهاء وهم الشافعية فى الصحيح، والحنابلة، والظاهرية، والإمام مالك فى رواية عنه، وبعض الزيدية، والإمامية فى

الأصح إلى أن التسعير محرم، وبه قال ابن عمر وسالم بن عبد الله والقاسم بن محمد[1].

واستدل الجمهور على تحريم التسعير بالكتاب والسنة والمعقول:

الكتاب:

قال تعالى: ﴿ **يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم** ﴾.

وجه الدلالة :

أن الله ﷻ نهى عباده المؤمنين أن يأكلوا أموالهم بينهم بالباطل وأباح لهم الربح من التجارة إذا كانت عن رضا، وإلزام صاحب السلعة أن يبيع بسعر معين لا يجوز الزيادة عليه ليس فيه رضا وطيب نفس فيكون من أكل أموال الناس بالباطل وهو منهى عنه.

السنة:

بما روى عن أبى هريرة ﷺ : أن رجلاً جاء فقال: يا رسول الله سعر فقال: بل ادعوا ثم جاءه فقال: يا رسول الله سعر، فقال بل الله يخفض ويرفع وإنى لا أرجو أن ألقى الله وليس لأحد عندى مظلمة"[2].

---

(١) روضة الطالبين جـ ٣ صـ ١٣١، مغنى المحتاج جـ ٢ صـ ٣٨، المغنى والشرح الكبير جـ ٤ صـ ٥٠٨، المحلى جـ ٧ صـ ٥٣٧، المنتقى جـ ٥ صـ ١٨، البحر الزخار جـ ٤ صـ ٣١٨، المختصر النافع صـ ١٤٤.

(٢) الحديث : أخرجه أبو داود

انظر : سنن أبى داود جـ ٣ صـ ٢٧٢.

وبما روى عن أنس بن مالك قال: غلا السعر على عهد رسول الله ﷺ فقالوا: يا رسول الله لو سعرت؟ فقال: إن الله هو القابض الباسط الرازق المسعر، وإنى لأرجو أن ألقى الله ﷻ ولا يطلبنى أحد بمظلمة ظلمتها إياه فى دم ولا مال»[1].

وجه الدلالة من وجهين:

١- أن النبى ﷺ لم يسعر، وقد سأله بعض الصحابة ذلك ولم يستجب لهم، ولو جاز لأجابهم إليه[2].

٢- أن النبى ﷺ قد اعتبر التسعير مظلمة وإذا كان مظلمة فهو محرم [3].

ونوقش استدلال الجمهور:

بأن هذه قضية معينة، وليست لفظاً عاماً، وليس فيها أن أحداً امتنع من بيع ما يحتاج إليه الناس، ومن المعلوم أن الشئ إذا قل رغب الناس فى المزايدة فيه، فإذا بذله صاحبه كما جرت به العادة، وتزايد فيه الناس، فهنا لا يسعر عليهم[4].

---

(١) الحديث: أخرجه أبو داود وابن ماجة والترمذى وقال: هذا حديث حسن صحيح.
انظر : سنن أبى داود حـ ٣ صـ ٢٧٢، سنن ابن ماجه جـ ٢ صـ ٧٤١، وما بعدها سنن، الترمذى جـ ٣ صـ ٥٩٦، وما بعدها.

(٢) المغنى والشرك الكبير جـ ٤ صـ ٥٠٨.

(٣) المصدر السابق فى نفس الموضع المشار إليه، نيل الأوطار جـ ٥ صـ ٢٦٠، سبل السلام جـ ٣ صـ ٨٢٤.

(٤) الطرق الحكمية فى السياسة الشرعية لابن القيم صـ٢٥٨.

بما روى عن النبى ﷺ أنه قال :" لا يحل مال مسلم إلا بطيب نفس منه"[1].

وجه الدلالة :

أن اجبار الناس على بيع أموالهم بسعر معين ليس فيه رضا وطيب نفس، وكل ما يكون كذلك فإنه يكون محرماً للنهى عنه.

المعقول:

١- أن الناس مسلطون على أموالهم، والتسعير حجر عليهم، والحاكم مأمور برعاية مصلحة المسلمين، وليس نظره فى مصلحة المشترى برخص الثمن أولى من نظره فى مصلحة البائع بتوفير الثمن، وإذا تقابل الأمران وجب تمكين الفريقين من الاجتهاد لأنفسهم فيجتهد المشترى فى الاسترخاص ويجتهد البائع فى توفير الربح[2].

٢- أن التسعير يسبب الغلاء؛ لأن الجالبين إذا بلغهم ذلك لم يقدموا بسلعهم بلدا يكرهون على بيعها فيه بغير ما يريدون، ومن عنده البضاعة يمتنع من بيعها ويكتمها ويطلبها أهل الحاجة إليها فلا يجدونها إلا قليلاً فيرفعون فى ثمنها ليصلوا إليها فتغلوا الأسعار

---

(١) الحديث: أخرجه الدارقطنى .
انظر: سنن الدارقطنى جـ ٣ صـ ٢٦.

(٢) الحاوى الكبير للماوردى جـ ٥ صـ ٤٠٩، وما بعدها، نيل الأوطار للشوكانى جـ ٥ صـ ٢٦٠.

ويحصل الإضرار بالجانبين جانب الملاك فى منعهم من بيع أملاكهم وجانب المشترى فى منعه من الوصول إلى غرضه فيكون حراماً[1].

الرأى الثانى:

ذهب إليه مالك فى رواية أشهب عنه، وسعيد بن المسيب، وربيعة ابن عبد الرحمن، ويحيى بن سعيد الأنصارى، وبعض الزيدية، والإمامية فى غير الأصح إلى أن التسعير جائز، وبه قال الشافعية فى غير الصحيح فى وقت الغلاء دون الرخص[2].

واحتج أصحاب هذا الرأى على ذلك: بأن فى هذا مصلحة للناس بالمنع من اغلاء السعر عليهم، ولا يجبر الناس على البيع، وإنما يمنعون من البيع بغير السعر الذى يحدده ولى الأمر على حسب ما يرى من المصلحة فيه للبائع والمشترى[3].

الرأى الثالث:

ذهب الحنفية إلى أن التسعير مكروه إلا إذا تعلق به دفع الضرر عن العامة كما إذا كان التجار يحتكرون الطعام ويتعدون عن القيمة تعدياً فاحشاً وعجز الحاكم عن صيانة حقوق المسلمين إلا بالتسعير فحينئذ لا بأس به مشورة من أهل الرأى والبصيرة.

والمراد بالتعدى الفاحش: هو البيع بضعف القيمة.

---

(١) المغنى والشرح الكبير جـ ٤ صـ ٥٠٨.

(٢) المنتقى جـ ٥ صـ ١٨، البحر الزخار جـ ٤ صـ ٣١٨، المختصر النافع صـ ١٤٤، روضة الطالبين جـ ٣ صـ ١٣١.

(٣) المنتقى جـ ٥ صـ ١٨.

وقد استدل الحنفية على كراهة التسعير بنفس الأحاديث السابقة التى استدل بها الجمهور على تحريم التسعير حيث حملوا النهى الوارد فى ذلك على الكراهة؛ ولأن الثمن حق البائع فكان إليه تقديره[1].

الرأى الراجح:

بعد أن ذكرنا آراء الفقهاء فى هذه المسألة فإنى أرى أن الأصل الذى تقرره النصوص الشرعية هو حرمة التسعير، إلا أنه يجب على الحاكم أن يفرض سعراً معيناً لا يجوز تجاوزه إذا اقتضت المصلحة ذلك، كما إذا وجد خللا واضحاً فى السوق والأسعار ناشئاً من عوامل مفتعلة من التجار كاستغلال حاجة الناس، والبيع بأثمان فاحشة وبضعف القيمة، واحتكارهم للسلع بقصد التحكم فى السعر فى وقت الحاجة والضرورة.

يقول ابن القيم : " وأما التسعير: فمنه ما هو ظلم محرم، ومنه ما هو عدل جائز".

فإذا تضمن ظلم الناس وإكراههم بغير حق على البيع بثمن لا يرضونه أو منعهم مما أباح الله لهم فهو حرام، وإذا تضمن العدل بين الناس، مثل إكراههم على ما يجب عليهم من المعاوضة بثمن المثل، ومنعهم مما يحرم عليهم من أخذ الزيادة على عوض المثل فهو جائز، بل واجب.

---

(١) البناية جـ ٩ صـ ٣٤٨- ٣٥٠ ، بدائع الصنائع جـ ٥ صـ ١٩٣، البحر الرائق جـ ٨ صـ ٣٧٠، وما بعدها.

فأما القسم الأول: فمثل ما روى أنس قال : غلا السعر على عهد النبى ﷺ فقالوا : يا رسول الله، لو سعرت لنا؟ فقال: إن الله هو القابض الرازق، الباسط المسعر، وإنى لأرجو أن ألقى الله ولا يطالبنى أحد بمظلمة ظلمتها إياه فى دم ولا مال".

فإذا كان الناس يبيعون سلعهم على الوجه المعروف من غير ظلم منهم وقد ارتفع السعر ـ إما لقلة الشئ، وإما لكثرة الخلق ـ فهذا إلى الله، فإلزام الناس أن يبيعوا بقيمة بعينها : إكراه بغير حق.

وأما الثانى: " فمثل أن يمتنع أرباب السلع من بيعها، مع ضرورة الناس إليها[1]، إلا بزيادة على القيمة المعروفة فهنا يجب عليهم بيعها بقيمة المثل، ولا معنى للتسعير إلا إلزامهم بقيمة المثل، والتسعير هاهنا إلزام بالعدل الذى ألزمهم الله به"[2].

ويقول ابن القيم فى موضع آخر: " أن مصلحة الناس إذا لم تتم إلا بالتسعير: سعر عليهم تسعير عدل، لا وكس ولا شطط، وإذا اندفعت حاجتهم وقامت مصلحتهم بدونه لم يفعل"[3].

وهكذا نجد أن التسعير يعتبر وسيلة من وسائل معالجة الاحتكار، ولازما لمحاربته، ولو طبق الحاكم التسعير بهذا المفهوم لكان أنجح وسيلة فى قطع دابر الاحتكار والمحتكرين.

---

(١) وهذا هو الاحتكار .

(٢) الطرق الحكمية لابن القيم صـ ٢٤٤ وما بعدها.

(٣) المصدر السابق صـ ٢٦٤.

صفة التسعير:

إذا كنا قد رجحنا القول بجواز التسعير إذا اقتضت مصلحة المسلمين ذلك، فما هي صفته عند من جوزه؟

قال ابن حبيب:" ينبغي للإمام أن يجمع وجوه أهل سوق ذلك الشئ، ويحضر غيرهم، استظهاراً على صدقهم فيسئلهم، كيف يشترون؟ وكيف يبيعون؟ فينازلهم إلى ما فيه لهم وللعامة سداد حتى يرضوا به، ولا يجبرهم على التسعير، ولكن عن رضا.

قال أبو الوليد الباجي: ووجه ذلك : أن بهذا يتوصل إلى معرفة مصالح الباعة والمشترين، ويجعل للباعة في ذلك من الربح ما يقوم بهم ولا يكون فيه إجحاف بالناس، وإذا سعر عليهم من غير رضاً بما لا ربح لهم فيه أدى ذلك إلى فساد الأسعار، وإخفاء الأقوات، وإتلاف أموال الناس"(١).

ويظهر لنا من ذلك: أن ولي الأمر إذا سعر فإنه يتقيد في ذلك بمراعاة مصلحة البائعين والمشترين وإحقاق العدل بينهما، فيعطي التجار قدراً مجزياً من الربح ولا يجحف أيضاً بحقوق الناس.

وإذا فعل الحاكم ذلك فإن التسعير لا يكون فيه مظلمة، بل يكون فيه الخير والمصلحة للناس.

---

(١) انظر : المنتقى للباجي جـ ٥ صـ ١٩، وراجع أيضاً في ذلك: الطرق الحكمية لابن القيم صـ ٢٥٨، تكملة المجموع جـ ١٢ صـ ١١٦.

ما يتعلق به التسعير من المبيعات:

ذكر ابن حبيب : أن التسعير يختص بالمكيل والموزون دون غيره فلا يمكن تسعيره.

وجه ذلك: أن المكيل والموزون مما يرجع إلى المثل فلذلك وجب أن يحمل الناس فيه على سعر واحد، وغير المكيل والموزون لا يرجع فيه إلى المثل وإنما يرجع فيه إلى القيمة ويكثر اختلاف الأغراض في أعيانه فلما لم يكن متماثلاً لم يصح أن يحمل الناس فيه على سعر واحد[1].

وعند الحنفية التسعير يكون في القوتين لا غير، لكن إذا تعدى أرباب غير القوتين وظلموا على العامة فيسعر عليهم الحاكم وهذا بناء على ما قال أبو يوسف: من أن كل ما أضر بالعامة حبسه فهو احتكار.

وإن قيل: إن هذا في الاحتكار لا في التسعير.

فإنه يجاب عن ذلك: بأن حكم التسعير في ذلك يؤخذ منه قياساً أو استنباطاً بطريق المفهوم[2].

وعند الشافعية في الوجه الذي يجوز فيه التسعير: أنه يكون في الأطعمة ويلحق بها علف الدواب على الأصح[3].

<u>والذي أختاره في ذلك</u>: أن التسعير يكون في القوتين وغيرهما رعاية لمصلحة الناس ودفع الضرر عنهم.

---

(١) المنتقى للباجي جـ ٥ صـ ١٨.

(٢) الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه جـ ٦ صـ ٧٢٠.

(٣) روضة الطالبين للنووي جـ٣ صـ ١٣١.

حكم البيع مع مخالفة التسعير:

ثبت لنا مما سبق ـ بحسب ما رجحناه ـ أن الحاكم يجوز له التسعير فى القوتين وغيرهما، وإذا فعل ذلك، وخالف أحد التجار وباع بأكثر من الذى سعره، أجازه القاضى عند الحنفية، وهذا ظاهر عند أبى حنيفة؛ لأنه لا يرى الحجر على الحر، وفى إبطال بيعه حجر عليه، وكذا هو الظاهر عند محمد بن الحسن وأبى يوسف؛ لأنهما وإن رأيا الحجر، ولكن على حر معين أو قوم بأعيانهم، أما على قوم مجهولين فلا، وهاهنا كذلك[1].

وعند المالكية : يمنع الناس من البيع بغير السعر الذى يحدده الإمام على حسب ما يرى من المصلحة للبائع والمشترى، ومن خالف أمره عاقبه وأخرجه من السوق[2]. وعند الشافعية: إذا سعر الإمام عليه فخالف استحق التعزير، وفى صحة البيع وجهان، والأصح : صحة البيع[3].

وعند الحنابلة : من باع مخالفا للتسعير فبيعه صحيح[4].

وبذلك يتبين لنا أن الصحيح هو القول بصحة البيع ويعزر من يخالف ذلك.

(١) البناية جـ ٩ صت ٣٥٠، وما بعدها.

(٢) المنتقى للباجى جـ ٥ صـ ١٨، وما بعدها.

(٣) روضة الطالبين للنووى جـ ٣ صـ ١٣١.

(٤) المبدع لابن مفلح جـ ٤ صـ ٤٧.

المبحث الثالث

بيع مال المحتكر جبرا عليه

من الوسائل التى يتخذها الحاكم لمعالجة الاحتكار ما قرره فقهاء الشريعة الإسلامية ــ ما عدا أبى حنيفة فى قول ــ من بيع مال المحتكر جبراً عليه.

فعند الحنفية: يؤمر المحتكر ببيع ما فضل عن قوته وقوت أهله إزالة للظلم، ولكن هل يبيع القاضى على المحتكر طعامه من غير رضاه؟

فعند أبى حنيفة: لا يجبر المحتكر على البيع، وعندهما: يجبر عليه، وهذا بناء على أن الإمام لا يرى الحجر على الحر، وهما يريانه.

وقيل : يبيع بالاتفاق وهذا اختيار القدورى؛ لأن أبا حنيفة يرى الحجر لدفع ضرر عام وهذا كذلك[1].

وعند المالكية: إن كان بالناس حاجة إلى الطعام ولم يوجد عند غير المحتكر فإنه يجبر على البيع بسعر الوقت، وذلك لرفع الضرر عن الناس؛ ولأنه إنما أبيح لهم شراؤه ليكون عدة للناس عند الضرورة[2].

وعند الشافعية: يجبر من عنده زائد عن كفايته ومؤنه سنة على البيع فى زمن الضرورة، فإن امتنع المحتكر عن البيع باع عليه الحاكم،

---

(١) البناية جـ ٩ صـ ٣٥١، وما بعدها ، تكملة البحر الرائق جـ٨ صـ ٣٧١، بدائع الصنائع جـ ٥ صـ ١٩٣.

(٢) المنتقى جـ ٥ صـ ١٧، شرح الزرقانى على الموطأ جـ ٣ صـ ٢٩٩، ط دار المعرفة بيروت لبنان.

والذى يجيزه على ذلك القاضى[1].

والحنابلة يذهبون إلى ذلك أيضاً حيث يجبر المحتكر عندهم على البيع كما يبيع الناس دفعا للضرر[2].

وقال الشوكانى فى السيل الجرار: إن المحتكر يكلف بالبيع؛ لأنه فاعل لما هو من محرمات الشريعة، ولا يجوز ترك المسلمين يتلهفون من الجوع صيانة لهذا المحتكر الخاطئ الضار للمسلمين ولهذا عاقبه أمير المؤمنين على ﷺ عنه بتحريق طعامه[3].

وبهذا يتبين لنا أن المحتكر يجبر عل البيع؛ لأن هذا هو الذى ينقض قصده وفعله المحرم، ولا يقف الأمر عند حد إجبار المحتكر على البيع، بل للحاكم إذا خاف الهلاك أن يأخذ المال من المحتكرين ويرد عليهم مثله أو قيمته عند زوال الحاجة؛ لأنهم اضطروا إليه ، ومن اضطر إلى مال الغير فى مخمصة كان له أن يتناوله بالضمان[4] لقوله تعالى: ﴿ **فمن اضطر فى مخمصة غير متجانف لاثم فإن الله غفور رحيم**﴾ [5].

---

(١) نهاية المحتاج للرملى وحاشية أبى الضياء الشبراملسى عليه جـ ٣ صـ ٤٧٢.

(٢) كشاف القناع جـ ٣ صـ ١٨٨، الانصاف فى معرفة الراجح من الخلاف .

(٣) السيل الجرار جـ ٣ صـ ٨٥ للمرادى جـ ٤ صـ ٣٣٩.

(٤) بدائع الصنائع جـ ٥ صـ ١٩٣، المبدع جـ ٤ صـ ٤٨.

(٥) سورة المائدة من الآية : رقم ٣

المبحث الرابع

العقوبة الشرعية للمحتكر

إن الوعيد الوارد فى الأحاديث التى تنهى عن الاحتكـــــار قــد لا يردع الكثير ممن استحوذ عليهم الشيطان، وقد لا تكفى الوسائل الســـابقة لعلاج هذه الظاهرة من جذورها، فهل يصح توقيع عقوبة تعزيرية علـــى المحتكر تأديبياً له وزجراً لأمثاله؟

من المعلوم أن العقوبة فى الفقه الإسلامى تكون على كـــل فعــل محرم أو على ترك واجب، ولقد قسم الفقهاء العقوبات إلى ثلاثة أقسام:

١- الحدود : وهى العقوبات المقدرة والتى تجب حقا لله تعالى.

٢- القصاص أو الدية: وهى عقوبات الاعتداء على الأشخاص بالقتل أو الجرح أو الضرب.

٣- التعزير: وهى العقوبات غير المقدرة والتى تجب حقا لله تعـــالى أو للعبد، وهى تهدف إلى تأديب الجانى ومنعه عن معـــاودة الفعــل المحرم الذى عوقب عليه.

وهذا النوع الأخير من العقوبات هو الذى يطبق على جرائم المعـــاملات كالغش، والاحتكار، وخيانة الأمانة ونحو ذلك؛ لأنه ليـــس هنـــاك فعــل محرم، ولا يخضع فاعله للعقاب، كما أنه لا يجـــوز تــرك المحرمـــات للضمير الفردى والالتزام الشخصى وإلا لاستهان بها الناس، ومن ثم فإنه يجوز توقيع عقوبة تعزيرية على المحتكر.

ويمكن أن نستند فى ذلك إلى قوله تعالى : ﴿ **وجزاء سيئة سيئة مثلها** ﴾ [1].

فهذه الآية عامة فى كل الأفعال السيئة، ومن احتكر الطعام أو غيره مما يحتاجه الناس بقصد التحكم فى السعر فقد فعل سيئة، فيجب أن يجازى عليها بعقوبة مماثلة أو مناسبة لها.

كما روى عن سيدنا على بن أبى طالب ﷺ أنه كتب إلى الأشير النخعى لما ولاه على مصر يأمره بما نصه " .. .. واعلم مع ذلك أن فى كثير منهم ــ أى التجار وذوى الصناعات ــ ضيقاً فاحشاً وشحاً قبيحاً واحتكاراً للمنافع وتحكما فى البياعات، وذلك باب مضرة للعامة وعيب على الولاة، فامنع من الاحتكار فإن رسول الله ﷺ منع منه، وليكن البيع بيعاً سمحاً بموازين عدل وأسعار لا تجحف بالفريقين من البائع والمبتاع فمن قارف حكرة بعد نهيك إياه فنكل به وعاقبه فى غير إسراف "[2].

ولقد نص على هذا الحكم كثير من الفقهاء فقد جاء فى البدائع للكاسانى: " يتعلق بالاحتكار أحكام منها: الحرمة .. ومنها: أن يؤمر المحتكر بالبيع، فإن لم يفعل وأصر على الاحتكار، ورفع إلى الإمام مرة أخرى وهو مصر عليه فإن الإمام يعظه ويهدده، فإن لم يفعل ورفع إليه مرة ثالثة يحبسه ويعزره زجراً له عن سوء صنعه"[3].

---

(١) سورة الشورى من الآية: ٤٠.

(٢) نهج البلاغة وهو جمع السيد المرتضى من كلام أمير المؤمنين على بن أبى طالب جـ ٢ صـ ٦١، المطبعة الأدبية بيروت ــ ١٨٨٥م.

(٣) بدائع الصنائع للكاسانى جـ ٥ صـ ١٩٣، وراجع أيضاً الاختيار جـ ٢ صـ ١٧٢.

وجاء في البحر الزخار: " ويجبر على البيع ولا يباع عنه فإن تمرد فالحاكم يبيع له ويعزر المحتكر لعصيانه"[1].

وقال ابن تيمية عن مرتكبي المعاصي التي ليس فيها حد مقدر ولا كفارة : " فهؤلاء يعاقبون تعزيرا وتنكيلا وتأديبا بقدر ما يراه الوالي على حسب كثرة الذنب في الناس وقلته، وليس لأقل التعزير حد، بل هو بكل ما فيه إيلام للإنسان من قول وفعل فقد يعزر الرجل بوعظه وتوبيخه .. وقد يعزر بالحبس... وكذلك قد يعزر بالضرب.. .. "[2].

والسؤال الآن : ما هو موقف الفقه الإسلامي من إمكان تطبيق عقوبة الغرامة المالية على الجرائم التعزيرية ومنها الاحتكار؟

من المعروف أن الغرامة المالية تعتبر من العقوبات التعزيرية في بعض الجرائم ومن ذلك تعزير الممتنع عن أداء الزكاة عند بعض الفقهاء، يأخذ شطر ماله عزمة من عزمات الله تبارك وتعالى [3].

---

(١) البحر الزخار جـ ٤ صـ ٣١٩ وما بعدها.

(٢) السياسة الشرعية في اصلاح الراعي والرعية لابن تيمية صـ ٦٢ وما بعدها المطبعة السلفية ومكتبتها.

(٣) هذا هو المروى عن الإمام الشافعي في القديم، وإسحاق بن راهويه، وأبو بكر عبد العزيز، والإمام يحيى والهادويه،

والقول الجديد للشافعي وهو رأى الجمهور أيضا أنه لا يؤخذ من الممتنع إلا الزكاة لا غير.

لمزيد من التفصيل في ذلك راجع: الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه جـ ٢ صـ ٣٣٩وما بعدها، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه جـ ١ صـ ٥٠٣، المهذب جـ ١ صـ ١٤٨، المغني والشرح الكبير جـ ٣ صـ ١٩، وما بعدها، نيل الأوطار جـ ٤ صـ ١٤٧، وما بعدها.

وذلك لما روى عن بهز بن حكيم عن أبيه عن جده قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول: " فى كل إبل سائمة فى كل أربعين ابنة لبون لا تفرق إبل عن حسابها، من أعطاها مؤتجرا فله أجرها، ومن منعها فإنا آخذوها، وشطر إبله عزمة من عزمات ربنا تبارك وتعالى لا يحل لآل محمد منها شئ"(١).

وقد قيل : إن هذا كان فى أول الإسلام ثم نسخ، ولكن لا دليل على النسخ ولا يثبت بالاحتمال.

وقيل أيضا: إن الحديث ضعيف، لضعف راوى الحديث بهز بن حكيم.

ويرد على ذلك: بأن الحاكم قد صحح هذا الحديث، ووثقه واحتج به أحمد وروى عن أبى داود أنه حجة عنده(٢).

وقال ابن القيم فى شرح سنن أبى داود بعد أن ذكر كلام العلماء عن بهز وتصحيح أحمد وإسحاق وعلى بن المدينى لحديثه: " وليس لمن رد هذا الحديث حجة، ودعوى نسخه دعوة باطلة، إذ هى دعوى ما لا دليل عليه، وفى ثبوت شرعية العقوبات المالية عدة أحاديث عن النبى ﷺ لم يثبت نسخها بحجة وعمل بها الخلفاء بعده(٣).

---

(١) الحديث: أخرجه أحمد وأبو داود والنسائى والحاكم والبيهقى .

انظر : سنن أبى داود جـ ٢ صـ ١١١، سنن النسائى بشرح الحافظ جلال الدين السيوطى جـ ٥ صـ ١٥ - ١٧، نيل الأوطار جـ ٤ صـ ١٤٦.

(٢) نيل الأوطار جـ ٤ صـ ١٤٧.

(٣) انظر : شرح ابن القيم الجوزية لسنن أبى داود مطبوع بهامش عون المعبود جـ ٤ صـ ٢٥٦، ط دار الفكر.

هذا ولم أقف على نص لفقهاء المذاهب يقرر جواز توقيه غرامة مالية على المحتكر.

ولا يوجد في تقديرنا ما يمنع من توقيع هذه الغرامة، وذلك قطعا لذرائع الفساد من المحتكرين ولا سيما وقد جاءت السنة عن رسول الله ﷺ وأصحابه بذلك في مواضع كثيرة كما أورد ذلك ابن القيم في كتابه الطرق الحكمية [١].

وبدون تلك العقوبات المالية وغيرها من العقوبة التعزيرية لن يقف مسلسل الاحتكار فهل إلى خروج من سبيل قبل أن يفلت الزمام ويستعلى الخطر؟!.

(١) انظر هذه المواضع في الطرق الحكمية لابن القيم صـ ٢٦٦، وما بعدها.

الخاتمة

بعد أن تناولنا بالبحث هذا الموضوع فإننا نستنتج مما سبق بنـــاء على ما رجحناه النتائج التالية:

١- أن الاحتكار محرم لما فيه من التضييق على الناس ورفع الأسعار عليهم.

٢- أن الاحتكار يكون فى كل ما تدعــو إليــه الحاجــة والضــرورة ويتضرر الناس من حبسه فيشمل الطعام والدواء والمسكن والملبــس ومواد البناء والوقود وغير ذلك مما يحتاجه الناس.

٣- أن الطعام الذى يحرم احتكاره لا يقتصر على الحنطة والشــعير والتمر بل يشمل كل ما يؤكل من طعام وإدام.

٤- أن الوقت الذى يحرم فيه الاحتكار هو وقت الضــرورة والشــدة وأما وقت الرخاء والسعة فلا يمنع فيها من احتكار شئ من الأشــياء لعدم الضرر فى ذلك.

٥- أن من جلب شيئا أو حبس من غلته شيئا لا يكون محتكــرا إلا أن الأولى والأفضل أن لا يفعل ذلك؛ لأن هذا الحبس قد يــترتب عليــه ضرر بالمسلمين وخاصة فى وقت الضيق والشدة.

٦- أن الاحتكار الآثم هو الذى يكون القصد منه اغلاء السعر علــى الناس فالتاجر الذى لديه مخزون من السلعة قبل الأزمة ولم يقصــد التحكم فى السعر لا يعتبر محتكرا.

٧- أن قليل مدة الحبس وكثيرها سواء فى حــق الحرمــة، لتحقــق الضرر.

٨- أن ما يدخره الإنسان لتأمين حاجات نفسه وعياله لا يعتبر احتكارا، إذ أنه قد ثبت عن النبى ﷺ أنه قد حبس لأهله قوت سنتهم، والتقييد بالسنة إنما جاء لضرورة الواقع وعليه فيجوز الإدخار لأكثر من ذلك.

٩- أن من ادخر شيئا من الأقوات الضرورية لنفسه ولعياله ولم يكن محتاجا إليه حالا واضطر إليه أحد غيره لزمه بذله للمضطر بقيمته.

١٠- أن الإسلام عالج الاحتكار بعدة وسائل منها: أن الإسلام قد حرم الاحتكار، وتوعد عليه بالعذاب الأليم فى الدنيا والآخرة، ورغب بشدة فى جلب السلع والبضائع حتى تختفى الأزمة من الأسواق، ولذلك وجب على الدولة فى وقت الضيق والشدة أن تفتح باب الجلب أو الاستيراد؛ لأنه ذريعة إلى التوسعة وما يؤدى به الواجب يكون واجبا.

١١- الوسيلة الثانية التى عالج بها الإسلام مشكلة الاحتكار هى التسعير وذلك بناء على ما قرره بعض فقهاء الشريعة الإسلامية من جواز التسعير إذا كان التجار يحتكرون على المسلمين ويتعدون بالقيمة تعديا فاحشا.

١٢- ومن الوسائل أيضا ما قرره أكثر فقهاء الشريعة الإسلامية من أنه يجوز للحاكم أن يبيع مال المحتكر جبرا عليه، وليس هذا فحسب بل إذا خشى الهلاك فإنه يأمر بمصادرة أموال المحتكرين مع تعويضهم بالمثل أو القيمة.

١٣- أن الإسلام لم يكتفى بالوسائل السابقة لعلاج مشكلة الاحتكار بل أجاز للحاكم أن يوقع عقوبة تعزيرية على المحتكر بالحبس ونحوه تأديبا له وزجرا لأمثاله، وليس هذا فحسب بل يجوز له أن يوقع عليه غرامة مالية قطعا لذرائع الفساد من المحتكرين.

وأخيرا فإنى أدعو الله ﷻ فى ختام هذا البحث أن يوفق حكام المسلمين فى النظر إلى ما جاءت به الشريعة الإسلامية من أحكام ففيها العلاج الحاسم لكل مشكلات المجتمع والله الهادى إلى الصراط المستقيم .

د./ جمال محمد يوسف

مراجع البحث

أولا: القرآن الكريم وعلومه:

١- تفسير القرآن العظيم ــ للحافظ أبى الفداء إسماعيل بن كثير القرشى المتوفى سنة ٧٧٤ هــ ط عيسى البابى الحلبى .

٢- الجامع لأحكام القرآن الكريم ــ للإمام القرطبى المتوفى سنة ٧٧٤ هــ. ط دار الحديث.

ثانيا: كتب الأحاديث النبوية الشريفة:

١- تلخيص المستدرك ــ للإمام الحافظ الذهبى المتوفى سنة ٧٤٨ ط دار المعرفة ــ بيروت لبنان .

٢- سبل السلام شرح بلوغ المرام للعلامة الصنعانى المتوفى سنة ١١٨٢ هــ . ط دار الحديث.

٣- سنن أبى داود للإمام الحافظ أبى داود سليمان بن الأشعث السجستانى المتوفى سنة ٢٧٥ هــ ــ مطبعة دار إحياء السنة النبوية .

٤- سنن الترمذى (الجامع الصحيح) : للإمام أبى عيسى محمد بن عيسى الترمذى المتوفى سنة ٢٧٩ هــ ط دار الفكر.

٥- سنن النسائى ــ للإمام أبى عبد الرحمن أحمد بن شعيب المتوفى سنة ٢٠٣ هــ. بشرح الحافظ جلال الدين السيوطى ــ ط دار الحديث.

٦- سنن ابن ماجة للحافظ أبى عبد الله محمـــد بـــن يزيـــد القزوينـــى المتوفى سنة ٢٧٠ هـــ. ط دار الحديث.

٧- السنن الكبرى للإمام الحافظ أبى بكر أحمد بن الحســـين البيـــهقى المتوفى سنة ٤٥٨ هـــ . ط دار المعرفة بيروت ــ لبنان.

٨- شرح النووى على صحيح مسلم للإمام النووى المتوفى ٦٧٦ هـــــ ط دار الحديث.

٩- شرح ابن قيم الجوزية لسنن أبى داود بهامش عون المعبـــود ط ــ دار الفكر.

١٠- فتح البارى شرح صحيح البخارى للإمام الحافظ أحمد بن علـــى بن حجر العسقلانى المتوفى سنة ٨٥٢ هـــ ط دار الغد العربى.

١١- فيض القدير شرح الجامع الصغير للمناوى ط دار الفكر.

١٢- مجمع الزوائد ومنبع الفوائد : للحافظ نور الدين على بن أبى بكر الهيثمى المتوفى سنة ٨٠٧ هـــ.

١٣- المستدرك على الصحيحين للحاكم النيسابورى المتوفى ســـنة ٤٠٥ هـــ ط دار المعرفة ــ بيروت لبنان.

١٤- الموطأ للإمام مالك بن أنس المتوفى سنة ١٧٩ هـــ ط دار إحيـاء الكتب العربية عيس البابى الحلبى .

١٥- نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار للإمـــام الشوكانى المتوفى سنة ١٢٥٠ هـــ دار الحديث.

ثالثا: كتب اللغة:

١- لسان العرب للعالم الجليل جمال الدين أبو الفضل محمد بن مكــــرم ابن منظور الأنصارى المتوفى سنة ٧١١ هـ ــ ط دار المعارف.

٢- مختار الصحاح تأليف محمد بن أبى بكــر عبــد القــادر الــرازى المتوفى سنة ٦٦٦ هـــ ــ مكتبة لبنان ١٩٨٨م.

٣- المصباح المنير فى غريب الشرح الكبير للرافعى تأليف العلامـــة الشيخ أحمد بن محمد بن على المقرى الفيومى المتوفــى ســنة ٧٧٠ هـــ ط ــ دار المعارف تحقيق د./ عبد العظيم الشناوى.

٤- معجم مقاييس اللغة لابن فارس ــ ط دار الجيل.

٥- المعجم الوجيز ــ مجمع اللغة العربية طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم ١٩٩٢م.

رابعا: كتب أصول الفقه:

١- إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول للإمام محمد بـــن محمد الشوكانى ــ مطبعة مصطفى البابى الحلبى.

٢- أصول الفقه للشيخ محمد أبو زهرة ط ــ دار الفكر العربى.

٣- التلويح على التوضيح تأليف سعد الدين مسعود بن عمر التفتــازانى ــ ط محمد على صبيح.

٤- المستصفى من علم الأصول للإمـــام الغزالـــى ــ ط دار الكتــب العلمية ــ بيروت لبنان.

خامسا: كتب الفقه:

الفقه الحنفي:

١- الاختيار لتعليل المختار تأليف عبد الله بن محمد بن مودود الموصلى ط ـ دار المعرفة بيروت ـ لبنان.

٢- البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم ـ ط دار المعرفة بيروت ـ لبنان.

٣- بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع ـ تأليف الإمام علاء الدين أبى بكر ابن مسعود الكاسانى المتوفى سنة ٥٨٧ هـ مطبعى دار الفكر.

٤- بدر المتقى فى شرح الملتقى ـ بهامش مجمع الأنهر ط دار إحياء التراث العربى بيروت لبنان .

٥- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ـ تأليف فخر الدين عثمان بن على الزيلعى ـ المتوفى سنة ٧٤٣ هـ ط دار المعرفة بيروت لبنان.

٦- تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق للإمام العلامة الشيخ محمد ابن حسين بن على الطورى القادرى المتوفى سنة ١١٣٨ هـ ط دار الكتب العلمية ـ بيروت لبنان.

٧- حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار للشيخ المحقق محمد أمين ابن عمر بن عبد العزيز الشهير بابن عابدين ط دار الفكر.

٨- حاشية قرة عيون الأخيار (تكملة رد المحتار على الدر المختار) لمحمد علاء الدين أفندى نجل ابن عابدين ـ ط دار الفكر.

٩- حاشية سعد جلبى بهامش فتح القدير ط دار الفكر.

١٠- الدر المختار شرح تنوير الأبصار: لمحمد علاء الدين الحصكفى مطبوع مع حاشية ابن عابدين.

١١- مجمع الأنهر فى شرح ملتقى الأبحر تأليف الشيخ محمد بن سليمان المعروف بداماد أفندى ـ ط دار إحياء التراث العربى بيروت لبنان.

١٢- نتائج الأفكار فى كشف الرموز والأسرار لشمس الدين أحمد بن قودر المعروف بقاضى زادة وهى تكملة فتح القدير ـ ط دار الفكر.

١٣- الهداية شرح بداية المبتدى لبرهان الدين أبى الحسن على بن أبى بكر الميرغينانى المتوفى سنة ٥٩٣ هـ مطبوع مع شرح فتح القدير.

الفقه المالكي:

١- بداية المجتهد ونهاية المقتصد للإمام القاضى أبى الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبى الشهير بابن رشد الحفيد ـ ط دار الفكر.

٢- التاج والإكليل لمختصر خليل : تأليف أبى عبد الله محمد بن يوسف بن أبى القاسم الشهير بالمواق مطبوع بهامش مواهب الجليل.

٣- حاشية الإمام الرهونى على شرح الزرقانى لمختصر خليل ط ـ دار الفكر بيروت لبنان.

٤- حاشية الدسوقى على الشرح الكبير للشيخ محمد عرفة الدسوقى ط دار إحياء الكتب العربية عيسى البابى الحلبى .

٥- حاشية المدنى على كنون بهامش حاشية الإمام الرهونى .

٦- الشرح الكبير لأبى البركات سيدى أحمد الدردير بهامش حاشية الدسوقى .

٧- شرح العلامة الشيخ أبى عبد الله محمد بن عبد الله بن على الخرشى على مختصر خليل ط ـ دار الفكر.

٨- شرح الزرقانى على الموطأ ـ ط دار المعرفة بيروت لبنان.

٩- قوانين الأحكام الشرعية لمحمد بن أحمد بن جزى ط دار الفكر.

١٠- المنتقى شرح الموطأ : لأبى الوليد الباجى ـ ط دار الفكر العربى.

١١- مواهب الجليل لشرح مختصر خليل للحطاب ط دار الفكر.

الفقه الشافعي :

١- تكملة المجموع شرح المهذب تأليف : محمد نجيب المطيعى ـ مكتبة الارشاد جدة ـ المملكة العربية السعودية.

٢- حاشية الشبراملسى على نهاية المحتاج لأبى الضياء نور الدين على بن على الشبراملسى ـ مطبعة مصطفى البابى الحلبى.

٣- الحاوى الكبير وهو شرح مختصر المزنى تأليف : أبى الحسن على بن محمد بن حبيب الماوردى ـ ط دار الكتب العلمية بيروت.

٤- روضة الطالبين وعمدة المفتين للإمام أبى زكريا النووى ط ـ دار الفكر.

٥- شرح جلال الدين المحلى على منهاج الطالبين مطبوع بهامش قليوبى وعميرة.

٦- مغنى المحتاج إلى معرفة معانى ألفاظ المنهاج : تأليف محمد الشربينى الخطيب ـ مطبعة مصطفى البابى الحلبى .

٧- المهذب فى فقه مذهب الإمام الشافعى للإمام أبى إسحاق الشيرازى ـ ط مصطفى البابى الحلبى .

٨- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج تأليف : شمس الدين محمد بن أبى العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملى ـ مطبعة مصطفى البابى الحلبى .

الفقه الحنبلى:

١- الإنصاف فى معرفة الراجح من الخلاف تأليف شيخ الإسلام العلامة الفقيه علاء الدين أبى الحسن على بن سليمان المرادى .

٢- الشرح الكبير على متن المقنع تأليف الشيخ الإمام شمس الدين أبى الفرج عبد الرحمن بن أبى عمر محمد بن قدامة مطبوع مع المغنى ـ ط دار الغد العربى.

٣- شرح منتهى الإرادات للشيخ منصور بن يونس بن إدريس البهوتى ـ ط دار الفكر.

٤- كشاف القناع عن متن الاقناع تأليف منصور بن إدريس البهوتى ـ ط دار الفكر.

٥- المبدع فى شرح المقنع تأليف أبى إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد عبد الله بن محمد بن مفلح ـ مطبعة المكتب الإسلامى .

٦- المغنى : تأليف الشيخ الإمام العلامة موفق الدين أبى محمد بن أبى عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة ـ ط دار الغد العربى .

الفقه الظاهري:

١- المحلى بالآثار لأبى محمد على بن أحمد بن سعيد بن حزم مطبعة دار الفكر.

الفقه الزيدي :

١- البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار ـ للإمام المهدى أحمد بن حيى بن المرتضى الناشر دار الكتاب الإسلامى القاهرة .

٢- الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير للعلامة شرف الدين الحسين ابن أحمد بن الحسين الصنعانى ـ مطبعة دار الجيل بيروت لبنان.

٣- السيل الجرار المتفق على حدائق الأزهار لشيخ الإسلام محمد بن على الشوكانى ـ ط وزارة الأوقاف تحقيق محمود إبراهيم زايد ومحمود أمين النواوى.

الفقه الإمامي:

١- جواهر الكلام فى شرح شرائع الإسلام تأليف شيخ الفقهاء وإمام المحققين الشيخ محمد بن حسن النجفى ط دار إحياء التراث العربى ـ بيروت ـ لبنان.

٢- المختصر النافع فى فقه الإمامية للشيخ أبى القاسم نجم الدين جعفر ابن الحسن الحلى ـ طبعة وزارة الأوقاف الطبعة الثانية.

الفقه الإباضي:

١- شرح كتاب النيل وشفاء العليل تأليف الإمام العلامة محمد بن يوسف أطفيش مكتبة الإرشاد جدة.

السياسة الشرعية :

١- السياسة الشرعية فى إصلاح الراعى والرعيــة لابــن تيميــة ــ المطبعة السلفية ومكتبتها.

٢- الطرق الحكمية فى السياسة الشرعية لابن قيم الجوزيــة ــ ط ــ دار الكتب العلمية .

الدراسات الإسلامية العامة:

١- إحياء علوم الدين للإمام أبى حامد الغزالى ط دار الصابونى.

٢- مبادئ الاقتصادى الإسلامى والاقتصاد الوضعى د. / ربيع محمــد الروبى ــ ط مكتب إتش لــلآلات الكاتبــة وطباعــة الأوفســت ــ القاهرة.

٣- من توجيهات الإسلام للشيخ محمود شلتوت.

٤- نهج البلاغة وهو جمع السيد المرتضى من كلام أمــير المؤمنيــن على بن أبى طالب ــ كرم الله وجهه ــ ط المكتبة الأدبية ١٨٨٥م.



فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات

بحث
في
أحكام العقيقة في ضوء الفقه الإسلامي

إعداد

دكتور

أشرف محمود محمد الخطيب

المدرس بقسم / الفقه العام

بكلية الشريعة والقانون بتفهنا الأشراف (دقهلية)





مقدمة

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا من يهده الله فلا مضل له ومن يضلل فلا هادى ، له وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لاشريك له ، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله **" يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله حق تقاته ولاتموتن إلا وأنتم مسلمون "** [١] **" يا أيها الذين آمنوا اتقوا ربكم الذى خلقكم من نفس واحدة وخلق منها زوجها وبث منهما رجالاً كثيراً ونساءً واتقوا الله الذى تساءلون به والأرحام إن الله كان عليكم رقيباً "**[٢] **" يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وقولوا قولاً سديداً يصلح لكم أعمالكم ويغفر لكم ذنوبكم ومن يطع الله ورسوله فقد فاز فوزاً عظيماً "** [٣] **" سبحانك لاعلم لنا إلا ما علمتنا إنك أنت العليم الحكيم "** [٤]

سبحانك اللهم خير معلم	علمت بالقلم القرون الأولى
أخرجت هذا العقل من ظلماته	وهديته النور المبين سبيلاً
أرسلت بالتوراة موسى هادياً	وابن البتول فعلم الانجيلا
وفجرت ينبوع البيان محمداً	فسقى الحديث وناول التنزيلا[٥]

---

[١] الآية : ١٠٢ من سورة آل عمران .

[٢] الآية : ١ من سورة النساء .

[٣] الآيتان : ٧٠ - ٧١ من سورة الأحزاب .

[٤] جزء من الآية ٣٢ من سورة البقرة . ٢

[٥] الأبيات من قصيدة لأمير الشعراء أحمد شوقى مطلعها : قم للمعلم وفه التبجيلا ، انظر : الشوقيات : جـ١ صـ١٨٠ .

أما بعد :

فإن الله (سبحانه وتعالى) كما يقول العلامة ابن القيم فى مقدمة كتابه البديع تحفة المودود بأحكام المولود [١] : نوع أحكامه على الإنسان من حين خروجه إلى هذه الدار إلى حين يستقر فى هذا القرار ، وقبل ذلك وهو فى الظلمات الثلاث كانت أحكامه القدرية جارية عليه ومنتهية إليه ، فلما انفصل عن أمه تعلقت به أحكامه الأمرية ، وكان المخاطب بها الأبويين ، أو من يقوم مقامهما فى تربيته والقيام عليه فلله سبحانه فيه أحكام أمر قيمه بها ما دام تحت كفالته فهو المطالب بها دونه حتى إذا بلغ حد التكليف تعلقت به الأحكام وجرت عليه الأقلام وحكم له بأحكام أهل الكفر وأهل الإسلام ولعل من أهم هذه الأحكام التى أمر الله بها قيمه على لسان رسوله ﷺ بعد ولادته : العقيقة عنه ، وهى الذبيحة التى تذبح عنه يوم سابع ولادته ، حيث قال النبى ﷺ " مع الغلام عقيقة فأهريقوا عنه دماً ، وأميطوا عنه الأذى [٢] وقد شرعت العقيقة لحكمة جليلة : وهى وجوب شكر الله على نعمة الولد ، كما أنها شرعت لتفك رهان المولود حيث إنه مرتهن بعقيقته كما قال النبى ﷺ : " الغلام مرتهن بعقيقته يذبح عنه يوم السابع ، ويسمى ويحلق رأسه [٣] ومن فوائدها : أنها قربان يقرب به عن المولود فى أول أوقات خروجه إلى الدنيا ، والمولود

---

[١] صـ٣ .

[٢] أخرجه البخارى فى صحيحه عن سليمان بن عامر الضبى : جـ ٢٠ صـ٢٧٩ – ٢٩٨ ، ط : مكتبة القاهرة .

[٣] أخرجه الترمذى فى سننه : جـ ٤ صـ ١٠١ برقم ١٥٢٢ ، ط : دار الحديث

والمولود ينتفع بذلك غاية الانتفاع ، كما ينتفع بالدعـــاء لـــه وإحضـــاره مواضع المناسك والإحرام عنه ، وغير ذلك .

ومع هذه الأهمية التى يشغلها ٢هذا الموضوع إلا أننا نجد كثـــيراً من الناس حينما يمن الله عليهم بنعمـــة الولـــد لايـــهتمون بـــهذه الســـنة ولايحرصون على التمسك بها إما لعدم علمهم بها كما هو الحال والشـــأن بالنسبة لكثير من الناس ، أو لأنهم ينفقون أموالهم بعد ولادة المولود فيمـا لافائدة فيه ولا منفعة منه ومن ثم فإننى أردت عن طريق هذا البحـــث أن أحث المسلمين على التمسك بهذه السنة ما استطاعوا إلى ذلك ســـبيلاً وأن أجلى أحكام العقيقة فى صورة مبسطة لاغموض فيها ولاتعقيد حتى يكون الناس على بينة من أمر دينهم .

هذا وقد جعلت للبحث خطة فسمتها إلى مقدمة ، وثمانية مبـــاحث وخاتمة .

فأما المقدمة : فتشتمل على أهمية البحث ، وسبب اختيارى له .

وأما المبحث الأول : فهو بعنوان :تعريـــف العقيقـــة ، ويشـــتمل علـــى مطلبين.

المطلب الأول : فى معنى العقيقة واشتقاقها .

المطلب الثانى : فى حكم تسميتها عقيقة .

وأما المبحث الثانى : فهو بعنوان حكم العقيقة وفضلها .

وأما المبحث الثالث:فهو بعنوان : المقدار الذى يعق به عن الذكر والأنثى

وأما المبحث الرابع : فهو بعنوان : مايجزئ فى العقيقة من النعم .

وأما المبحث الخامس : فهو بعنوان : وقت العقيقة .

وأما **المبحث السادس** : فهو بعنوان : مصرف العقيقة .

وأما **المبحث الثامن** : فهو بعنوان : مستحبات العقيقة ، ومكروهاتها .

وأما **الخاتمة** : فتشتمل على بيان أهم النتائج التى توصلت إليها فى هـــذا البحث ، وتوصياتى فيه .

المبحث الأول : تعريف العقيقة

ويشتمل على مطلبين

المطلب الأول : فى معنى العقيقة واشتقاقها

حرى بمن يتكلم عن العقيقة وما يتعلق بها من أحكام فى ضوء الفقه الإسلامى أن يتعرف أولا على مدلول هذا المصطلح ، وذلك حتى يتسنى للقارئ أن يكون على بينة من الأصل قبل الخوض فى التفاصيل والأحكام فأقول وبالله التوفيق :

العقيقة لغة : اسم لما يذبح عن المولود [1]

وقد اختلف أهل اللغة فى اشتقاقها على قولين :

القول الأول : وبه قال : أبو عبيد ، والأصمعى ، ومال إليه الزمخشرى وهو أن العقيقة أصلها صوف الجذع وشعر كل مولود من الناس والبهائم الذى تولد عليه وبه سميت الشاه التى تذبح عن المولود يوم أسبوعه عقيقة لأنه يزال عنه الشعر يومئذ فسميت باسم سببها جريا على عادة العرب فى تسمية الشئ باسم سببه ثم اشتهر ذلك حتى صار من الأسماء العرفية وصارت الحقيقة مغمورة فيه فلا يفهم من العقيقة عند الإطلاق إلا الذبيحة [2]

---

[1] مختار الصحاح للرازى : صـ ٤٤٦ ط الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية ، المعجم الوجيز : ص ٤٢٨ صادر من مجمع اللغة العربية .

[2] فتح البارى بشرح صحيح البخارى لابن حجر: جـ ٢٠ صـ ٢٩١ط مكتبة القاهرة ، النظم المستعذب فى شرح غريب المهذب لابن بطال الركبى : جـ١ ص ٣٢١ط مصطفى الحلبى ، المغنى لابن قدامه : جـ١١ص ١١٩ط : دار الكتب العلمية ، المحلى لابن حزم جـ٧ صـ٥٢٣ ط مكتبة التراث ، تحفة المودود بأحكام المولود لابن القيم : صـ٢٥ - ٢٦ ط : المكتبة القيمة .

القول الثانى : وبه قال الإمام أحمد ، ورجحه ابن عبد البر وغيره وهو أن العقيقة مأخوذه من العق وهو الشق والقطع ، وقد سميت بذلك أى سميت الذبيحة عقيقة – لأنها تعق مذابحها – أى تشق وتقطع .(١)

وقد احتج بعض المتأخرين لما قاله الإمام أحمد فى هذا الصدد ، وقال : إن ما ذكره الإمام معروف عند أهل اللغة ، لأنه يقال عق إذا قطع ، ومنه عق الولد والديه إذا قطعهما ، وقول الشاعر :

بلاد بها عق الشباب تمائمى   وأول أرض مس جلدى ترابها(٢)

يريد الشاعر أن يقول : إنه لما شب قطعت عنه تمائمه .

وبالنظر إلى هذين القولين نستطيع القول : بأنه لامانع من أن تكون العقيقة مشتقة من الأمرين معا ، لاسيما وأن اللغة العربية تتميز بكونها غنية فى ألفاظها ومعانيها

والآن وبعد أن فرغت من الحديث عن تعريف العقيقة واشتقاقها عند علماء اللغة أنتقل إلى تعريفها شرعا فأقول وبالله التوفيق :

العقيقة شرعا : هى الذبيحة التى تذبح عن المولود

وقيل هى : الطعام الذى يصنع ويدعى إليه من أجل المولود (٣)

وعرفها الإمام الدردير بقوله العقيقة : ما تذبح من النعم فى سابع ولادة المولود (٤) ويعترض على التعريف الأول ، والثانى بأنهما غير جامعين لمعنى العقيقة من وجهين :

---

(١) المراجع السابقة .

(٢) المراجع السابقة .

(٣) المغنى لابن قدامة : جـ ١١ صـ ١١٩ .

(٤) الشرح الصغير للدردير : جـ٢ صـ٩٦ ط : الإدارة العامة للمعاهد الأزهرية .

الوجه الأول : أن العقيقة لاتكون بأى طعام بصنع ، ولابأى ذبيحة تذبح وإنما لابد أن تكون من النعم ومن ثم فإن التعريف يكون غير جامع لمعنى العقيقة من جهة عدم تضمنه ذلك .

الوجه الثانى : أن التعريف لم يتضمن بيان الوقت الذى يستحب فيه ذبح العقيقة وكان جديرا بالمعرف أن يذكر ذلك فى التعريف حتى يكون التعريف جامعا مانعا ومن هنا فإننى أرى أن التعريف الثالث هو تعريف جامع لمعنى العقيقة ، لأن صاحب التعريف – وهو الإمام الدردير – جمع فيه بين تعريف العقيقة ، وبيان جنسها ووقتها .

المطلب الثانى

حكم تسميتها عقيقة

اختلف الفقهاء فى حكم تسمية العقيقة باسمها المتعارف عليه عند العرب قديما وحديثا والسبب فى اختلافهم كما يقول العلامة ابن رشد فى كتابه بداية المجتهد ونهاية المقتصد [1] : معارضة حديث عمرو بن شعيب الذى رواه عن أبيه عن جده وفيه أن النبى ﷺ قال حينما سئل عن العقيقة ؟ " لاأحب العقوق من ولد له ولد فأحب أن ينسك عنه فليفعل "[2] لحديث سمرة بن جندب الذى قال فيه النبى ﷺ : " الغلام مرتهن بعقيقته"[3] ووجه الاختلاف بين الحديثين كما هو ظاهر لنا : أن الحديث الأول يدل على أن النبى ﷺ كره هذا الاسم والسبب فى هذا واضح :

---

(1) جـ١ صـ٤٦٢ – ٤٦٣ ، ط مصطفى الحلبى

(2) أخرجه الإمام مالك فى الموطأ : جـ٢ صـ ٤٥ ، مع شرحه تنوير الحوالك ، ط : عيسى الحلبى .

(3) سبق تخريجه .

وهو أن العقيقة والعقوق يرجعان إلى أصل واحد وهو الشق والقطع ولما كان الأمر كذلك لذا فإن النبى ﷺ كرهه وقال : " لا أحب العقوق " ثم قال " صلوات الله وسلامه عليه " : " من أحب منكم أن ينسك عن ولده فليفعل " إرشادا منه " صلوات الله وسلامه عليه " إلى العدول عن الاسم الذى تستقبحه العقول ، وتنفر منه النفوس إلى الاسم الذى هو أحسن منه والنفوس إليه أميل ، وكان النبى ﷺ شديد الاعتناء بذلك حتى إنه ﷺ كان يغير الاسم القبيح بالحسن [1] ويترك النزول فى الأرض القبيحة الاسم ، والمرور بين الجلبين القبيح اسمهما ، وكان يحب الاسم الحسن والفأل الحسن . ويرى العلامة ابن القيم فى كتابه تحفة المودود[2] وهو بصدد الحديث عن معنى العقيقة واشتقاقها : أنه بين الاسم والمسمى علاقة ورابطة تناسبه ، وقل ما يختلف ذلك فالألفاظ قوالب للمعانى ، والأسماء قوالب للمسميات .

وقل إن أبصرت عيناك ذا لقب إلا معناه إن فكرت فى لقبه

فقبح الاسم عنوان قبح المسمى ، كما أن قبح الوجه عنوان قبح الباطن ومن ثم فإنه لما كان بين العقيقة والعقوق تناسب وتشابه من حيث إن كلا منهما يرجع إلى أصل واحد لذا فقد ذهب بعض الفقهاء [3] وإلى

---

[1] ومن ذلك أنه ﷺ سمى المنذر بن أسيد بهذا الاسم تفاؤلا أن يكون له علم ينذر به وكان أبوه قد سماه اسما ليس مستحسنا . انظر فتح البارى بشرح صحيح البخارى لابن حجر : جـ٢٢ صـ ٣٨٩ .

[2] صـ ٢٦ – ٢٧ .

[3] فتح البارى بشرح صحيح البخارى لابن حجر : صـ٢٢ صـ ٣٨٩ ، نيل الأوطار للشوكانى : جـ٥ صـ١٣٥، ط مكتبة الدعوة الإسلامية ، تحفة المودود لابن القيم صـ٢٨ – ٢٩ .

القول بكراهة تسميتها عقيقة ، وقد احتجوا على ذلك بقول النبـــى ﷺ "لا أحب العقوق " وهذا يدل على أمرين :

الأمر الأول : كراهة الاسم الذى كرهه النبى ﷺ

الأمر الثانى : وهو أن الأولى أن يقال لها : نسيكة أو ذبيحة ، ولايقــال لها عقيقة .

ويجاب عن هذا بجوابين :

الجواب الأول :

أن الحديث ليس فيه مايدل على التصريح بالكراهية ، إنما فيـه كأنه كره الاسم ونظير هذا : اختلافهم فـى تسـمية العشـاء بالعتمـة ، والتحقيق فى الموضعين كما يقول ابن القيم [1] : كراهـة هجـر الاسـم المشروع من العشاء والنسيكة واستبدالهما بالعقيقة والعتمة وأما إذا كـان المستعمل هو الاسم الشرعى ولم يهجر وأطلق الاسم الآخر أحيانـا فـلا بأس بذلك ، وعلى هذا تتفق الأحاديث

فإن قيل : لكن الاسم المشروع قد هجر ، وأصبح المستعمل هو الاسـم الآخر .

قلنا : لابأس بذلك لأن العرف إذا تعارض مع الشرع ، ولم يتعلق بالشرع حكم فيقدم عليه عرف الاستعمال [2]

---

[1] المرجع السابق : صـ٢٩ .

[2] انظر : الأشباه والنظائر للسيوطى : صـ ٦٥ - ٦٦ فصل فى تعارض العرف مع الشرع ، وهو نوعان : أحدهما - أن لايتعلق بالشرع حكم فيقدم عليه عرف الاستعمال كما لو حلف لايأكل لحما فإنه لا يحنث بالسمك ، وإن سماه الله لحما . والثانى أن يتعلق به حكم فيقدم على عرف الاستعمال ومن ثم فإنه لو حلف لا يصلى فإنه لايحنث إلا بذات الركوع والسجود ، أولا يصوم فإنه لا يحنث بمطلق الإمساك . انظر : صـ ٦٦ المرجع السابق

الجواب الثاني: أن النبى ﷺ وإن كان يغير الاسم القبيح بالحسن إلا أنه ﷺ لم يجعل هذا على سبيل اللزوم ، وإنما جعله على سبيل الاختيار ، ومن ثم فإن المسلمين أجازوا أن يسمى الرجل القبيح بحسن والفاسد بصالح ، ويدل عليه : أن النبى ﷺ لم يلزم جد سعيد بن المسيب بتغيير اسمه لما امتنع من تحويل اسمه من حزن إلى سهيل ولو كان ذلك لازما لما أقره النبى ﷺ على قوله : لا أغير اسما سمانيه أبى وهذا يدل على عدم كراهية تسمية العقيقة باسمها ، ولهذا قال الإمام السيوطى : لاأعلم أحد من العلماء مال إلى ذلك أى القول بكراهية تسمية العقيقة باسمها المتعارف عليه ولا قال به وأظنهم تركوا العمل به لما صح عندهم فى غيره من الأحاديث من لفظ العقيقة [(١)]

٢- وقال طائفة أخرى من العلماء [(٢)] : لايكره تسمية العقيقة باسمها المتعارف عليه ، وقد احتجوا على ذلك بحديثين :

الحديث الأول: حديث سمرة بن جندب ، وفيه أن النبى ﷺ قال : " الغلام مرتهن بعقيقته يذبح عنه يوم السابع ، ويسمى ، ويحلق رأسه "[(٣)].

الحديث الثاني: حديث – سلمان عامر الضبى وفيه أن النبى ﷺ قال " مع الغلام عقيقة فأهريقوا عنه دما وأميطوا عنه الأذى " [(٤)]

---

(١) فتح البارى :صـ ٢٢ صـ ٣٨٩ ، تنوير الحوالك شرح موطأ مالك للسيوطى : جـ٢ صـ٤٥ – ٤٦ مطبوع مع الموطأ ط عيسى الحلبى .

(٢) فتح البارى : جـ٢٠ صـ٢٩٢ ، نيل الأوطار للشوكانى : صـ٥ صـ١٣٥ ، تحفة المودود : ص ٢٨ – ٢٩ .

(٣) سبق تخريجه.

(٤) سبق تخريجه :

ووجه الدلالة من هذين الحديثين على عدم كراهة تسمية العقيقة باسمها : واضح جلى : وهو أن النبى ﷺ قد ذكر العقيقة بلفظها ومعناها ، وهذا يدل على الإباحة لا الكراهة الأمر الذى يجعلنى أميل إلى القول القائل : بعدم كراهة تسمية العقيقة باسمها ، ولاسيما وأن الفقهاء قد أفردوا لها باب فى كل الأمصار بهذا الاسم المتعارف عليه ولوكان الاسم مكروها لما ذكروها بهذا الاسم ، واستبدلوا بها لفظ النسيكة ، أو الذبيحة .

المبحث الثاني

حكم العقيقة وفضلها

تعرضت في المبحث الذى سبق ذكره أنفا لبيان معنى العقيقة واستقاقها . والآن وبعد أن فرغت من بيان المعنيين اللغوى والاصلاحى للعقيقة ، وحكم تسميتها عقيقة أنتقل إلى الحديث عن حكم العقيقة ، وبيان فضلها وفوائدها . فأقول بادئ ذى بدء : اختلف الفقهاء فى حكم العقيقة على أربعة أقوال ، ويبدو أن السبب فى اختلافهم كما يقول العلامة ابن رشد [1] هو تعارض مفهوم الآثار فى هذا الباب الأمر الذى سوف يجعلنى أبدأ بذكر هذه الأقوال منسوبة لأصحابها ، ثم أثنى بذكر الأدلة والمناقشة ، وأختتم هذا المبحث ببيان الرأى الراجح . فأقول وبالله التوفيق :

أولا : أقوال الفقهاء فى حكم العقيقة :

القول الأول : وهو أن العقيقة واجبة ، وهو قول : الظاهرية ، والحسن البصرى ويترتب على هذا الحكم عندهم جبر الإنسان عليها وقد ذكر الإمام الشوكانى أن هذا القول قال به : الليث بن سعد وأبى الزناد ورواية عن الإمام أحمد [2] .

---

[1] بداية المجتهد لابن رشد : جـ١ صـ٤٦٢ .

[2] فتح البارى لابن حجر : جـ٢ صـ ٢٩٢ ، نيل الأوطار للشوكانى : جـ ٥ ١٣٢ ، المحلى لابن حزم : جـ٨ صـ ٥٢٣ ، تحفة المودود : صـ ٢٩ – ٣٠ .

القول الثاني : أنها سنة ، وهو قول : الجمهور منهم ابن عباس ، وابـــن عمر ، وعائشة ، وفقهاء التابعين ، وأئمة الأمصار إلا أصحاب الرأى[1].

القول الثالث : أنها مباحة ، وهو قول : الحنفية [2] .

القول الرابع : أنها مكروهة ، وهو قول ذكره الإمام الكاسانى فى بدائعه نقلا عن صاحب الجامع الصغير حيث قال : " وذكر فى الجامع الصغـير ولايعق عن الغلام ولا عن الجارية وأنه أشار إلى الكراهة " [3] وبانتـــهاء قول صاحب البدائع أكون قد فرغت من ذكر أقوال الفقـــهاء فـــى حكـــم العقيقة ، وجاء الدور على ذكر أدلتهم وما قد يرد عليها من بعض المآخذ والمناقشات فأقول وبالله التوفيق .

ثانيا : الأدلة والمناقشة :

أولا : أدلة القائلين بوجوب العقيقة ،وكيفية استنباط الحكم منها:

استدل القائلون بوجوب العقيقة وهم الظاهرية ، ومن حذا حذوهـــم بالسنة ، والآثار .

فأما السنة ، فمنها [4]

قوله ﷺ " مع الغلام عقيقة فأهريقوا عنه دما وأميطوا عنه الأذى " وهذا الحديث يدل على وجوب العقيقة من وجهين :

---

(1) المراجع السابقة وانظر : بداية المجتهد لابن رشد : جـ١ صـ٤٦٢ ، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير جـــ٢ صـــ ١٢٦ ط : عيسى الحلبي ، مواهب الجليل للحطاب : جـــ٣ صـــ ٢٥٥ ط : دار الفكـر ، الانصـاف للمرداوى : جـ٤ صـ١٠٠ ، ط : دار الكتاب .

(2) بدائع الصنائع للكاسانى : جـ٥ صـ٦٩ ، ط : دار الكتب العلمية .

(3) المرجع السابق .

(٢) سبق تخرجه .

الوجه الأول : قوله ﷺ فى الحديث " مع الغلام عقيقة " وهذا ليس إخبارا عن الواقع بل عن الواجب .

الوجه الثانى : أن النبى ﷺ أمر بها فى قوله " فأهريقوا عنه دما " والأمر للوجوب مالم توجد قرينة تصرفه عنه إلى غيره وليست هناك قرينة تصرفه عنه إلى غيره وبما أنه ليست هناك قرينه إذ يظل هذا الأمر يفيد الوجوب لاسيما وأن جماعة دخلوا على سيدتنا حفصة بنت عبد الرحمن فسألوها عن العقيقة فأخبرتهم أن عائشة (رضى الله عنها) أخبرتها أن رسول الله ﷺ " أمرهم عن الغلام شاتان وعن الجارية شاة" [١] وهذا يدل على الوجوب لأن المعنى يجزئ عن الجارية شاة وعن الغلام شاتان [٢]

ويناقش هذا الدليل من وجهين :

الوجه الأول : أن الحديث ليس فيه مايدل على الوجوب لأنها لو كانت واجبة لكان وجوبها معلوما من الدين بالضرورة ولبين النبى ﷺ وجوبها للأمة بيانا عاما كافيا تقوم به الحجة وينقطع معه العذر لأن ذلك مما تدعو إليه الحاجة وتعم به البلوى .

الوجه الثانى : أن الأمر فى قوله ﷺ فأهريقوا عنه (دما) ليس للوجوب وإنما هو للندب نظرا لأن النبى ﷺ فوض ذلك إلى المحبة والاختيار وذلك فى قوله ﷺ " من أحب منكم أن ينسك عن ولده فليفعل " [٣] وذلك يقتضى رفع الوجوب وصرف ما أشعر به إلى الندب [٤]

[١] أخرجه الترمذى فى سننه : جـ٤ صـ٩٦ – ٩٧ وقال عنه : حديث حسن صحيح .
[٢] تحفة المودود لابن القيم : صـ٣٢ – ٣٣ .
[٣] سلف تخريجه .
[٣] نيل الأوطار للشوكانى : جـ٥ صـ١٣٥ ، تحفة المودود لابن القيم صـ٣٣ .

٢- قوله ﷺ " الغلام مرتهن بعقيقته يذبح عنه يوم السابع ، ويسمى ويحلق رأسه [١]

ووجه الدلالة من هذا الحديث على وجوب العقيقة : أن العقيقة لازمة لابد منها حيث إنه " ﷺ " شبه لزومها للمولود بلزوم الرهن في يد المرتهن [٢] .

ويجاب عن هذا :

بأن الحديث ليس فيه ما يدل على لزوم العقيقة ، لأن قوله ﷺ الغلام مرتهن بعقيقته إنما هو في الشفاعة ، ومعناه : أنه محبوس عن الشفاعة في أبويه ، وظاهرة الحديث يدل على أنه رهينة في نفسه ممنوع محبوس عن خير يراد به ، ولايلزم من ذلك أن يعاقب على ذلك[٣]

وأما الآثار فمنها :

ما أخرجه ابن حزم عن بريده الأسلمي أنه كان يشبه العقيقة من حيث وجوبها بالصلاة ، ويقول إن الناس يعرضون يوم القيامة على العقيقة كما يعرضون على الصلوات الخمس ، وهذا يدل على وجوب العقيقة [٤]

---

[١] سبق تخريجه .

[٢] فتح الباري لابن حجر : جـ٢٠ صـ٣٠٠ ، نيل الأوطار للشوكان جـ٥ صـ١٣٣ .

[٣] زاد المعاد لابن القيم : جـ٢ صـ٢ط : المكتبة التوفيقية .

[٤] فتح الباري : جـ٢٠ ص٣٠٠ ، المحلى لابن حزم : جـ٧ صـ٥٢٥د .

ويناقش هذا الأثر من ثلاثة وجوه :

الوجه الأول : أن تشبيه العقيقة بالصلاة تشبيه مع الفارق ، لأن الصلاة لها منزلة فى الإسلام عظيمة لا تعدلها منزلة أية عبادة أخرى فهى عماد الدين الذى لايقوم إلا به ، ولذا فإن من أقامها فقد أقام الدين ، ومن هدمها فقد هدم الدين وهى أول ما يسأل عنه العبد يوم القيامة فإن صلحت صلح سائر العمل ، وإن فسدت ردت ورد سائر العمل ولهذا كان صحابة النبى ﷺ لايرون شيئا من الأعمال تركه كفر إلا الصلاة ، وذلك بخلاف العقيقة فإنها وإن كانت شرعت شكرا الله وإظهارا لنعمته إلا أنها لاترقى إلى مستوى الصلاة حتى تشبه بها .

الوجه الثانى : أن الأدلة التى تدل على وجوب الصلاة أجل من أن تحصى وذلك بخلاف العقيقة فإنه لم يرد فيها دليل واحد يدل على وجوبها .

الوجه الثالث : أن دعوى العرض يوم القيامة على العقيقة بخصوصها دعوى لا أساس لها من الصحة على الإطلاق ، لأن الناس حينما يعرضون على الله يوم القيامة للحساب وتقرير الأعمال فإنهم يعرضون على الله بجميع أعمالهم ماظهر منها ومابطن ، وما كان واجبا منها وغير واجب .

ثانيا : أدلة القائلين بسنية العقيقة :

لأصحاب القول الثانى القائل : بسنية العقيقة وهم الجمهور ، ومن نحا نحوهم فى إصدار هذا الحكم مستند قوى يتمثل فى الأخذ بالسنة القولية ، والفعلية والقياس .

فأما السنة القولية :

فمنها ما أخرجه الإمام مالك فى موطئه عن عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى ﷺ قال حينما سئل عن العقيقة ؟ لا أحب العقوق من ولد له ولد فأحب أن ينسك عنه فليفعل " [١]

ووجه الدلالة من هذا الحديث : أن النبى ﷺ علق ذبح العقيقة على الرغبة والمحبة وذلك يقتضى الندب . وعدم الوجوب .

وأما السنة الفعلية فمنها :

ماروى عن ابن عباس (رضى الله عنهما) " أن رسول الله ﷺ عق عن الحسن والحسين كبشا كبشا "[٢]

ووجه الدلالة من هذا الحديث : واضح جلى وهو أن النبى ﷺ فعل ذلك بنفسه فكان ذلك دليلا على سنيتها .

وأما المعقول فمنه :

١- أن وليمة النكاح مسنونة ومقصودها طلب الولد فكان ولادة الولد أولى بأن يكون الإطعام فيه مسنونا .

٢- أن العقيقة تقاس على الأضحية بجامع أن كلا منهما إراقة دم بغير جنايه ولا نذر ولما كانت الأضحية مندوبة كانت العقيقة مندوبة كذلك.

---

[١] سبق تخريجه.

[٢] أخرجه أبو داود فى سننه : ج صـ٣٠ : دار الكتب العلمية بيروت ، وأخرجه النسائى فى سننه : جـ٣ صـ٧٥ ط : دار الكتب العلمية .

ثالثا : أدلة القائلين بأن العقيقة مباحة :

استدل القائلون بأن العقيقة مباحة وهم أصحاب الرأى بما يلى :

أولا : قوله ﷺ حينما سئل عن العقيقة ، فقال : " إن الله تعالى لايحب العقوق من شاء فليعق عن الغلام بشاتين وعن الجارية بشاة " [1] وهذا ينفى كون العقيقة سنة لأنهﷺ علق العق بالمشيئة وهذا أمارة الإباحة [2]

ويجاب عن هذا :

بأنه لامنافاة بين التفويض إلى الاختيار وبين كون الفعل الذى وقع فيه التفويض سنة [3]

ثانيا : ماروى عن أبى جعفر محمد بن على بن الحسين أنه قال : " نسخ الأضحى كل ذبح كان قبله " [4] وهذا الحديث كما يقول أصحاب الرأى : يدل على أن العقيقة كانت فى الجاهلية ثم فعلها المسلمون فى أول الإسلام فنسخها ذبح الأضحية ، وفى هذا تقول أم المؤمنين "عائشة رضى الله عنها " : "نسخ صوم رمضان كل صوم كان قبله ونسخت الأضحية كل ذبح كان قبلها ، ونسخ غسل الجنابة كل غسل كان قبله " [5] والظاهر أنها قالت ذلك سماعا من رسول الله

---

[1] أخرجه أبو داوود و النسائى .

[2] بدائع الصنائع للكاسانى : جـ ٥ صـ٦٩ ط : دار الكتب العلمية .

[3] نيل الأوطار للشوكانى : جـ٥ صـ ١٣٢ .

[4] فتح البارى : جـ٢٠ صـ٢٩٢ ، المحلى : جـ٧ صـ٥١٠ .

[5] فتح البارى لابن حجر : جـ٢٠ ٢٢ ، بدائع الصنائع للكاسانى : جـ٥ صـ٦٩ .

ﷺ لأن إنتساخ الحكم مما لايدرك بالاجتهاد ، ومنهم من روى هـذا الحديث مرفوعا إلى رسول الله ﷺ .

ويجاب عن هذا بثلاثة وجوه :

الوجه الأول : أن هذا الحديث لاحجة فيه لأنه قول محمد بن على وفـي سنده ضعف كما أشار إلى ذلك الحافظ ابن حجر .

الوجه الثانى : أن النسخ لا يثبت الاحتمال ، وإنما لابد فيه مـن نـص مسند إلى رسول الله ﷺ .

الوجه الثالث : أننا لو سلمنا لكم القول بأن الأضحية نسخت كل دم كـان قبلها إلا أننا نقول : إنها كانت واجبة ثم نسخ وجوبها فيبقى الاسـتحباب كما جاء فى صور عاشوراء وفى كل صدقة من الصدقات[١] .

رابعا : أدلة القائلين بأنها مكروهة :

استدل القائلون بأن العقيقة مكروهة بما يلى :

أولا : ماوراه الإمام فى الموطأ عن زيد بن أسلم عن رجـل مـن بنـى ضمرة عن أبيه أنه قال :" سئل رسول الله ﷺ عن العقيقة فقـال : لا أحب العقوق وكأنه إنما كره الاسم وقال : من ولد له ولد فـلأحب أن ينسك عن ولده فليفعل " [٢]

---

[١] فتح البارى : جـ ٢٠ صـ ٢٩٢ .

[٢] جـ ٢ ، صـ ٤٥ .

ووجه الدلالة منه على كراهة العقيقة : واضح جلى ، وهو قول النبى ﷺ " لا أحب العقوق " .

ويجاب عن هذا : بأن الحديث ليس فيه مايدل على كراهة العقيقة بل آخر الحديث يثبتها وإنما غايته أن يؤخذ منه أن الأولى أن تسمى نسيكة أو ذبيحة ولا تسمى عقيقة [1]

ثانيا : ما أخرجه البهيقى فى سننه أن النبى ﷺ قال : "إن اليهود تعق عن الغلام ولاتعق عن الجارية " [2] وهذا الحديث يدل على كراهة العقيقة لكونها من فعل أهل الكتاب ، وقد أمرنا بمخالفتهم .

ويجاب عن هذا بجوابين :

الجواب الأول : أن العقيقة ليست من فعل أهل الكتاب ، وإنما الذى من فعلهم تخصيص الذكر بالعقيقة دون الأنثى كما دل عليه لفظ الحديث وحتى لو سلمنا جدلا – أنها من فعل أهل الكتاب – فليس فى هذا مايدل على كراهتها لأننا لم نؤمر بمخالفة أهل الكتاب فى كل ما يقولونه ويفعلونه وإنما أمرنا فقط بمخالفتهم فيما ورد فيه نص ثابت عن رسول الله ﷺ بل القاعدة : أن شرع من قبلنا شرع لنا مالم يرد ناسخ وليس هناك ناسخ فيبقى الحكم على ماهو عليه وهو أن العقيقة سنة ، وليست مكروهة .

الجواب الثانى : أن الحديث يدل بمقتضى مفهوم المخالفة على أن العقيقة سنة وأن السنة فيها شاتان عن الغلام ، وشاة عن الجارية ، يدل

[1] فتح البارى : جـ ٢٠ صـ ٢٩٢ .

[2] جـ٩ صـ٣٠٢ .

عليه قول النبى ﷺ فى آخر الحديث : " فعقوا عن الغلام شـاتين وعـن الجارية شاة " .

ثالثا : ماروى عن فاطمة الزهراء " رضى الله عنهما " ، أنها لما ولدت الحسن بن على أرادت أن تعق عنه بكبشين فقال لها رسول اللهﷺ: " لاتعقى عنه ، ولكن احلقى رأسه فتصدقى بوزنه من الورق فلما ولدت الحسين فعلت مثل ذلك" [1]

ووجه الدلالة من الحديث :

أن النبى ﷺ " نهى فاطمة رضى الله عنها " أن تعق عن الحسـن فلما ولدت الحسين لم تعق عنه أيضا فدل ذلك على كراهة العقيقة

ويجاب عن هذا بجوابين :

الجواب الأول : إن إسناد هذا الحديث ليس بمتصل ، لأن فيه جعفر بـن محمد بن على بن الحسين وهو لم يدرك على بن أبى طالب[2]

الجواب الثانى : أن الحديث ليس فيه ما يدل على كراهة العقيقـة ، لأن قول النبى ﷺ " لاتعقى عنه " لوصح فإنه لايدل على كراهة العقيقة وإنما يدل على أنه ﷺ أحب أنه يتحمل العقيقة عنها ولذا فإنه قـال لفاطمة: " لا تعقى عنه " وقد عق (صلوات الله وسلامه عليه)عـن الحسن والحسين (رضى الله عنهما) وكفاها المؤنة [3]

---

[1] أخرجه الترمذى فى سننه : جـ ٤ صـ ٩٩ بلفظ : عق رسول الله ﷺ عن الحسن بشاة وقال يا فاطمة احلقـى رأسه ، وتصدقي بزنه شعره فضة .

[2] سنن الترمذى : جـ٤ صـ٩٩ بتحقيق الشيخ إبراهيم عطوه

[3] تحفة المودود بأحكام المولود : ص ٢٥ .

رابعا : أن العقيقة كانت فضلاً ، ومتى نسخ الفضل لايبقى إلا الكراهـــة بخلاف الصوم والصدقة فإنهما كانا من الفرائض ، لا من الفضائل فإذا نسخت منهما الفريضة يجوز التنقل بهما (١)

ويجاب عن هذا : بما سبق ذكره من أن النسخ لايثبت بالاحتمال ، وإنمـــا لابد فيه من نص مسند إلى رسول الله ﷺ .

ثالثا : الرأى الراجح :

بعد هذا العرض الذى قدمناه من ذكر أقوال الفقهاء ، وسرد أدلتهم بالتفصيل والتوضيح أرى أن الرأى الراجح فى هذه المسألة هو الـــرأى القائل : بأن العقيقة سنة وذلك لما يلى :

أولا : قوة أدلتهم وعلى رأسه هذه الأدلة قول النبى ﷺ حينما سئل عـــن العقيقة " لا أحب العقوق من ولد له ولد فـــأحب أن ينســك عنــه فليفعل " وهذا يدل على أنه ﷺ " كره الاسم وندب إلى الفعل بدليل أنه " صلوات الله وسلامه عليه " عق عن الحسن والحسين وقـــال فى الحديث الذى معنا " من أحب أن ينسك عن ولده فليفعل"

ثانيا : ضعف ما استدل به أصحاب القول القائل بعدم سنية العقيقة حيـث إنهم قد استدلوا بأدلة لاترقى إلى مستواها الدلالى على المطلــوب ولذا فقد رددت على كل دليل منها على حدة بما يضعف مذهبـــهم ويؤيد مذهب القائلين بسنية العقيقة .

---

(١) بدائع الصنائع للكاسانى : جـ ٥ صـ ٦٩ .

ثالثا : أن العقيقة كما يقول العلامة ابن القيم حينما شرعت فإنها شرعت شكرا لله وإظهار لنعمته التى هى غاية المقصود من النكاح ، فإذا شرع الإطعام للنكاح الذى هو وسيلة إلى حصول هذه النعمة فلأن تشرع عند الغاية المطلوبة أولى وأحرى[1] وغير مستبعد فى حكمة الله فى شرعه وقدر أن تكون العقيقة سببا لحسن إنبات الولد، ودوام سلامته وطول حياته فى حفظه من ضرر الشيطان حتى يكون كل عضو منها فدا كل عضو منه . ومن فوائدها التى تعود بالخير على المولود أنها تفك رهانة ، وهى فى نفس الوقت فدية يفدى بها المولود كما فدى الله سبحانه وتعالى - إسماعيل الذبيح بالكبش [2]

ولعلنى بهذا أكون قد جمعت بين الحسنيين

إحداهما : ترجيح رأى من قوى دليلهم وهم الجمهور .

ثانيهما : بيان حكمة المشرع من مشروعية العقيقة .

والآن وبعد أن فرغت من بيان موقف الفقهاء من العقيقة أنتقل إلى الحديث عن المقدار الذى يعق به الغلام والجارية فأقول وبالله التوفيق .

---

[1] تحفة المودود : صـ ٣٩ - ٤٠ .

[2] المرجع السابق

المبحث الثالث
المقدار الذي يعق به عن الذكر والأنثى

سوف أتكلم في هذا المبحث - إن شاء الله تعالى - عن المقدار الذي ينبغي علينا أن نعق به عن الغلام والجارية ، ولكن يجدر بنا قبل الحديث عن هذه المسألة أن ننبه القارئ إلى أن العقيقة سنة عن الجارية كما هي سنة عن الغلام ، وهذا هو قول جمهور أهل العلم من الصحابة والتابعين [١] ولم يشذ عن هذا القول إلا الحسن البصري ، وقتادة حيث قالا : بعدم العقيقة عن الجارية ، ولم أر لهما دليلا يحتجان به ويعتمدان عليه غير قولهما : بأن الغلام في قوله النبي ﷺ " مع الغلام عقيقة " اسم للذكر دون الأنثى .

وكذلك قولهما : بأن العقيقة شرعت شكرا للنعمة الحاصلة بالولد والجارية لا يحصل بها سرور فلا يشرع لها عقيقة [٢]

ويجاب عن هذا بجوابين :

الجواب الأول : أنه ليس في هذا الكلام مايدل من قريب أو بعيد على التفرقة في هذا الحكم بين الجارية والغلام ، لأن العقيقة كما شرعت شكرا للنعمة الحاصلة بالولد فإنها شرعت أيضا شكرا للنعمة الحاصلة بالبنت وكيف لاتكون البنت نعمة وهي هبة الواهب ، والواهب يهب لمن يشاء إناثا ويهب لمن يشاء الذكور ، فالولد والبنت كلاهما نعمة من الله

---

(١) المهذب للشيرازي : جـ ١ صـ ٣٢١ ، المغني لابن قدامة : جـ ١١ صـ ١٢١ ، تحفة المودود لابن القيم ص٢٩/٣٧ .

(٢) المراجع السابقة .

يسر بهما المؤمن ، ويشكر عليها الواهب ، فالقول بأن العقيقة شرعت شكرا للنعمة الحاصلة بالولد دون البنت قول يأباه العقل ويرفضه فضلا عن الشرع ، لاسيما وأن سيدنا رسول الله ﷺ قد بين لنا أن الله – سبحانه وتعالى – قد يجعل البنت سترا لأبيها من النار ما دام قد أحسن أدبها وتربيتها حيث قال : " من يلى من هذه البنات شيئا فأحسن إليهن كن له سترا من النار " [1]

الجواب الثانى : أن قول النبى ﷺ : " مع الغلام عقيقة " ليس فيه ما يدل على عدم العقيقة عن الجارية ، وإنما هو من باب تغليب الذكر على الأنثى فى الأحكام التى تستوى فيها المرأة مع الرجل . الأمر الذى يجعلنى أميل إلى ترجيح رأى الجمهور القائل : بأن العقيقة سنة فى حق الجارية كما هى سنة فى حق الغلام وذلك لما يلى :

أولا : قول النبى ﷺ حينما سئل عن العقيقة ؟ فقال : نعم عن الغلام شاتان وعن الأنثى واحدة لايضركم ذكرانا كن أو إناثا " [2]

ثانيا : قوله ﷺ أيضا : " إن اليهود يعقون عن الغلام ولايعقون عن الجارية فعقوا عن الغلام شاتين وعن الجارية شاة [3]

ثالثا : قول أم المؤمنين عائشة (رضى الله عنها) أمرنا رسول الله ﷺ " أن نعق عن الغلام بشاتين وعن الجارية شاة " [4]

---

[1] جزء من حديث أخرجه البخارى فى صحيحه : جـ ٢٢ صـ ٢٠٩ – ٢١٠ .

[2] أخرجه الترمذى فى سننه : جـ٤ صـ ٩٨ وقال عنه : حديث حسن صحيح .

[3] سبق تخريجه.

[4] سبق تخريجه .

وهذه النصوص الصريحة تدل دلالة واضحة وبما لايدع مجـالا للشك أو المحاورة على أن العقيقة سنة عن الجارية كما هى سـنة عـن الغلام .

والآن وبعد أن تبين لنا رجحان مذهب الجمهور القـائل : بسـنية العقيقة سواء عن الجارية أو الغلام ، وضعف مذهب الحسن البصـرى ومن حذا حذوه ننتقل إلى الحديث عما قصدناه فى هذه المبحـث وهـو المقدار الذى ينبغى علينا أن نعق به عن الغلام والجارية فـأقول وبـالله التوفيق :

لقد أجمع الفقهاء كما يقول الإمام الشوكانى [1] : على أن السنة فى العقيقة عن الجارية شاة واحدة ، والأصل فى هذا قول النبى ﷺ : " عـن الغلام شاتان وعن الجارية شاة " ، وبعد أن اتفقت كلمة الفقـهاء علـى مقدار العقيقة بالنسبة للأنثى نجدهم قد اختلفوا فى مقدارها بالنسبة للذكـر وذلك على قولين :

القول الأول : وبه قال : ابن عباس ، وعائشة ، والشـافعى ، وإسـحاق وأبو ثور ، وأحمد ويرى أصحابه : أن السنة فى العقيقـة عـن الذكـر شاتان[2] وقد استدلوا على ذلك بما يلى :

---

[1] نيل الأوطار للشوكانى : جـ د صـ ١٣٤ .

[2] المرجع السابق ، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير : جـ ٢ صـ ١٢٦ ، مواهب الجليل للحطاب : جـ ٣ صـ ٢٥٥ ، المهذب : جـ ١ صـ ٣٢١ ، الإقناع فى حل ألفاظ أبى شجاع للخطيب الشربينى : جـ ٢ صـ ٢٨٣، ط : عيسى الحلبى ، المغنى لابن قدامة : جـ ١١ صـ ١٢٠ ، الإنصاف فى معرفة الراجح من الخلاف للمرداوى : جـ ٤ صـ ١٠٠ ، ط : دار الكتب العلمية .

أولا : قوله ﷺ فى حديث أم كرز حينما سألته عن العقيقة ؟ فقال عن الغلام شاتان وعن الأنثى واحدة ولايضركم ذكرانا كن أم إناثا [1] .

ثانيا : ماروى أن جماعة دخلوا على حفصة بنت عبد الرحمن فسألوها عن العقيقة فأخبرتهم أن عائشة(رضى الله عنهما)أخبرتها أن رسول الله ﷺ أمرهم عن الغلام شاتان مكافئتان وعن الجارية شاة[2]" .

ثالثا : ما أخرجه البيهقى فى سننه عن أبى هريرة (رضى الله عنه) أن النبى ﷺ قال " إن اليهود يعقون عن الغلام ولا يعقون عن الجارية فعقوا عن الغلام شاتين وعن الجارية شاة [3] .

وهذه الأحاديث تدل دلالة واضحة على أن السنة فى العقيقة عن الذكر إنما تكون بشاتين .

د- ويعترض على هذا :

بأن أمره ﷺ بالعق عن الغلام بشاتين إنما هو من باب الزيادة فى القربة لا لتوقف حصول الندب عليه بدليل اقتصاره ﷺ على شاة حين عق عن الحسن والحسين [4] .

ويجاب عن هذا :

بأن حديث الشاة فى عقيقة النبى ﷺ عن الحسن والحسين من فعل النبى ﷺ ، وأحاديث الشاتين من قوله ، ودلالة القول أرجح من دلالة الفعل ، لأن قوله ﷺ عام وفعله يحتمل الاختصاص .

---

(1) سبق تخريجه .

(2) أخرجه الترمذى فى سننه : جـ٤ صـ٩٧ .

(3) جـ٩ صـ٣٠٢ .

(4) الفواكة الدوانى فى شرح رسالة القيروانى لابن مهنا النفراوى : جـ١ صـ٤٦٠ ط : مصطفى الحلبى .

القول الثاني : وهو أن الذكر والأنثى فى ذلك سواء ومعنى هـــذا : أن العقيقة عن الذكر وإنما تكون بشاة واحدة ، ولم يقل بهذا الرأى من فقـهاء الصحابة ، وأئمة المذاهب فيما أعلم إلا سيدنا عبد الله بن عمر (رضـــى الله عنهما) وإمام دار الهجرة [١] وقد احتجوا على ذلك بما روى عن ابـن عباس (رضى الله عنهما) " أن رسول الله ﷺ عق عن الحسن بشاة وعـن الحسين كذلك" [٢] وهذا الحديث يدل على الاستواء بين الذكر والأنثـــى ، وعدم التفاصيل بينهما .

ويجاب على هذا :

بأن الحديث لا حجة فيه لوجوه .

الوجه الأول : ماروى عن أم كرز أنها قالت : أتيت رسول الله ﷺ أسأله عن لحوم الهدى ؟ فسمعته يقول : "عن الغلام شاتين ، وعن الجارية شـاة لا يضركم ذكرانا كانت أم إناثا " [٣] " ولا خلاف فى أن مولـــد الحســن (رضى الله عنه) كان عام أحد ، وأن مولد الحسين (رضى الله عنه) كـان فى العام الثانى له وذلك قبل الحديبية بسنتين فصـــار الحكـم لقولــه ﷺ المتأخر لالفعله المتقدم .

الوجه الثاني : أن أحاديث الشاتين مشتملة على الزيادة فهى مـــن هــذه الحيثية أولى بالقبول والزيادة من العدل لايحل تركها .

---

[١] حاشية الدسوقى على الشرح الكبير : جـ٢ صـ١٢٦ ، بداية المجتهد لابن رشد : جـ١ صـ٤٦٣ ، المحلى لابـن حزم: جـ٧ صـ ٥٣٠ - ٥٣١ ، تحفة المودود لابن القيم : صـ٣٧ .

[٢] أخرجه أبو داود فى سننه : جـ ٣ صـ ١٠٧ .

[٣] أخرجه النسائى فى سننه : جـ٧ صـ١٦٥ .

الوجه الثالث : أن قصة الحسن والحسين يحتمل أن يـــراد بـــها جنـــس المذبوح وأنه من الكباش لا تخصيصه بالواحد كما قالت عائشة (رضـــى الله عنها) ضحى رسول الله ﷺ عن نسائه بقرة وكـــن تســـعا ومرادهـــا الجنس لا التخصيص بالواحدة .

الوجه الرابع : أن فى اقتصاره ﷺ على شاة دليـــل علـــى أن الشـــاتين مستحبة وليست بمتعينة ، والشاة جائزة غير مستحبة [1] .

ويرى العلامة ابن القيم فى كتابة تحفة المودود بأحكام المولـود [2] وهو بصدد الحديث عن تفاضل الذكر والأنثى فيها : أنه لاتعارض بحمـد الله تعالى بين أحاديث التفضيل بين الذكر والأنثى . وبين حديـــث ابـــن عباس فى عقيقة الحسن والحسين فإن حديثه قد روى : بلفظين أحدهمـــا : أنه عق عنهما ﷺ كبشا كبشا . والثانى : أنه عق عنهما كبشين ، ولعـــل الراوى أراد كبشين من كل واحد منهما فاقتصر على أحد الكبشين مـــن النبى ﷺ ، والثانى من فاطمة وبهذا تتفق الأحاديث . ولهذا فإننى أرى أن الرأى الراجح فى هذه المسألة هو رأى الجمهور القائل : بأن العقيقة عـن الذكر إنما تكون بشاتين ، فإن عق بشاة واحد جاز ذلك ولايسـتحب ، لأن العقيقة حينما شرعت فإنما شرعت للسرور بالمولود ، وبما أن الســرور بالغلام يكون أكثر لذا فإن الذبح عنه يكون أكثر ، وتلك قاعدة الشـــريعة فإن الله سبحانه وتعالى فاضل بين الذكر والأنثى وجعل الأنثى النصـــف

---

[1] نيل الأوطار للشركانى : جـــ٥ صـــ١٣٤ ، بداية المجتهد لابن رشد : جـــ١ صـــ٤٦٣ ، المحلى لابن حزم : جـــ٧ صـــ٥٣٠ - ٥٣١ .

[2] صـــ٣٨ .

من الذكر فى المواريث ، والديات ، والشهادات ، والعتق ولهذا قال النبى ﷺ : " أيما امرئ مسلم أعتق مسلما كان فكاكه من النار يجزئ كل عضو منه عضوا منه ، وأيما أمرئ مسلم أعتق امرأتين مسلمتين كانتا فكاكه من النار يجزئ كل عضو منهما كل عضو منه " [1] فجرت المفاضلة فى العقيقة هذا المجرى لو لم يكن فيها سنة ، كيف والسنن الثابتة صريحة بالتفصيل .

[1] أخرجه الترمذى فى سننه : جـ٤ صـ١١٧ – ١١٨ .

المبحث الرابع

مايجزئ فى العقيقة من النعم

سوف أتكلم فى هذا المبحث - إن شاء الله تعالى - عن جنس العقيقة ، وسنها وذلك بعد أن يسر الله لنا الحديث عن المقدار الذى ينبغى علينا أن نعق به عن الغلام والجارية وذلك فيما إذا كانت العقيقة من الضأن حيث أجمع الفقهاء على جواز العقيقة بالضأن مستدلين على ذلك بقول النبى ﷺ " عن الغلام شاتان وعن الجارية شاة " وقد تناولنا هذه المسألة بشئ من التفصيل والتوضيح فارجع إليها إن شئت .

أما إذا كانت العقيقة من بهيمة الأنعام لكنها لم تكن من الضأن بل كانت من الإبل أوالبقر فما الحكم فى ذلك هل يجزئ فيها ما يجزئ فى الغنم أم لا ؟

للإجابة عن هذا السؤال الذى فرض نفسه علينا فى هذا المقام أقول وبالله التوفيق .

ذهب جمهور الفقهاء [1] إلى القول : بأن العقيقة تجزئ بالأبل أو البقر ، أو بأى نوع من الأزواج الثمانية ، وقد استدلوا على ذلك بالسنة ، والقياس

فأما السنة : فقوله ﷺ : " مع الغلام عقيقة فأهريقوا عنه دما [2] "

---

[1] نيل الأوطار للشوكانى : جـ٥ صـ ١٣٨ ، بدائع الصنائع للكاسانى : جـ٥ صـ٩٦ ، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير : جـ ٢ صـ ١٢٦ ، بداية المجتهد لابن رشد : جـ١ صـ٤٦٣ ، تحفة المودود لابن القيم : ص٤٨ .

[2] سبق تخريجه .

ووجه الدلالة منه على جواز العقيقة بأى جنس من الأجناس الثلاثة (الإبل، أو البقر ، أو الغنم) : واضح جلى وهو أن النبى ﷺ لم يذكر دما دون دم وهذا يدل على أن كل ما يذبح عن المولود على ظاهر هذا الخبر فإنه يجزئ ما دام من بهيمة الأنعام .

ويعترض على هذا الحديث : بأنه مجمل ، وقول النبى ﷺ : " عن الغلام شاتان ، وعن الجارية شاة " مفسر ، والمفسر أولى من المجمل [١]

ويجاب عن هذا بجوابين :

الجواب الأول : أن مجرد ذكرها لاينفى إجزاء غيرها .

الجواب الثانى : أن تخصيص الشاة بالذكر فى الحديث لبيان الأفضل والأيسر .

٢- ماروى عن أنس مرفوعا أنه قال : يعق عنه من الإبل ، والبقر ، والغنم " [٢] وهو نص صريح فى إجزاء الإبل والبقر .

وأما القياس : فهو أن العقيقة نسك فوجب أن يكون الأعظم فيها أفضل قياسا على الهدايا [٣] .

٢- بينما ذهب ابن حزم أنه لا يجزئ فى العقيقة إلا ما يطلق عليه اسم شاة إما من الضأن ، وإما من المعز ، وهو قول : حفصة بنت عبد الرحمن بن أبى بكر كما نقله عنها ابن المنذر [٤] ، وقد استدلوا على ذلك بقول النبى ﷺ : " عن الغلام شاتان وعن الجارية شاة " .

---

[١] المحلى لابن حزم : جـ٧ صـ٥٢٧ .

[٢] أخرجه الطبرانى .

[٣] بداية المجتهد لابن رشد : جـ١ صـ٤٦٣ .

[٤] نيل الأوطار للشوكانى : جـ٥ صـ١٣٨ ، تحفة المودود لابن القيم : صـ٤٨ .

ووجه الدلالة من هذا الحديث على عدم جواز العقيقة بغير الشاة : ذكرها في أحاديث العقيقة دون غيرها [١] .

ويجاب عن هذا :

بأن مجرد ذكرها في بعض الأحاديث لاينفي إجزاء غيرها ولعله لبيان الأفضل فيها والأيسر ومن هنا فإنني أرى أن الرأي الراجح في هذه المسألة هو رأي الجمهور القائل : بأن العقيقة تجزئ بأن جنس من الأجناس الثلاثة ، ويدخل في كل جنس نوعه والذكر والأنثى منه ، وذلك قياسا على الأضحية بجامع أن كلا منهما إراقة دم بغير جناية ولا نذر فكما أن الأضحية تجزئ بغير الضأن من الإبل ، أو البقر فكذلك العقيقة . بيد أن الضأن فيها أفضل من غيره نظرا لطيب اللحم ، ولأن النبي ﷺ عق به ولا يفعل (صلوات الله وسلامه عليه) إلا الأفضل ولو علم الله خيرا منه لفدى به إسماعيل (عليه السلام) . هذا وينبغي علينا أن نلاحظ أن أصحاب هذا القول وإن كانوا قد اتفقوا فيما بينهم على جواز العقيقة بالإبل والبقر إلا أنهم اختلفوا في حكم الاشتراك فيهما على قولين:

القول الأول : أنه يجوز اشتراك سبعة في الإبل ، أو البقر قياسا على الأضحية وهو قول : الرافعي [٢]

القول الثاني : أنه لايصح الاشتراك فيها بل تشترط أن تكون بدنة ، أو بقرة كاملة ، وهذا هو قول : الإمام أحمد [٣] . وهو الرأي الراجح كما

---

[١] نيل الأوطار : جـ٥ صـ١٣٨ .

[٢] المرجع السابق ، وانظر المجموع شرح المهذب للنووي : جـ٨ صـ٤٠٩ ، ط دار الفكر للطباعة والنشر / والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوي : جـ٤ صـ١٠٤ .

[٣] المرجعين السابقين

يرى العلامة ابن القيم معللا ترجيحة له بقوله : إن هذه الذبيحة جارية مجرى فداء المولود لذا كان المشرع فيها دما كاملا لتكون نفس فداء نفس.

ولو صح الاشتراك فيها لما حصل المقصود من إراقة الدم عن الولد ، فإن إراقة الدم تقع عن واحد ، ويحصل لباقى الأولاد إخراج اللحم فقط ، والمقصود نفس الإراقة عن الولد اتباعا لسنة النبى ﷺ وسنة النبى ﷺ أحق وأولى أن تتبع [1] وقد شرع ﷺ فى العقيقة عن الغلام دمين مستقلين لا يقوم مقامها جزورة ولا بقرة .

وأما سنها :

فقد اتفق الفقهاء على جواز العقيقة بالمسنة [2] لقول النبى ﷺ: " لاتذبحوا إلا مسنة إلا أن يعسر عليكم فتذبحوا جذعة من الضأن [3] " واختلفوا فى الجذع [4] من الضأن على قولين :

---

[1] تحفة المودود لابن القيم : صـ٤٧ .

[2] نيل الأوطار للشوكانى : جـ٥ صـ١١٣ ، الفقه الاسلامى وأدلته للدكتور / وهبة الزحيلى : جـ٣ صـ٦١٤ / ط : دار الفكر ، والمسنة : هى الثنية من كل شئ من الإبل ، والبقر ، والغنم ، ويكون ذلك فى البقر والحافر فى السنة الثالثة ، وفى الإبل فى السنة السادسة انظر : مختار الصحاح للرازى : صـ٨٨ ، نيل الأوطار للشوكانى : جـ٥ صـ١١٣ .

[3] أخرجه مسلم فى صحيحه : جـ٧ صـ ١١٧ ، ط : دار الريان للتراث ، وأخرجه ابن ماجه فى سننه : جـ٢ صـ٢٧٦ .

[4] الجذع من الضأن : ما له سنة تامة وهذا هو المشهور عند أهل اللغة ، وجمهور أهل العلم من غيرهم ، ولولد البقر والحافر: فى السنة الثالثة ، وللإبل فى السنة الخامسة . انظر : مختار الصحاح للرازى : صـ٩٧ ، نيل الأوطار للشوكانى : جـ٥ صـ١١٣ .

القول الأول : أنه لايجزئ الجذع لا من الضأن ، ولا من غيره وهو قول ابن عمر ، والزهرى [1] ، وقد استدلوا علـــى ذلــك بقــول النبـــى ﷺ " لاتذبحوا إلا مسنة " .

ووجه الدلالة منه على عدم العقيقة إلا بالمسنة : أن النبى ﷺ نهى عن التضحية بما عدا المسنة مما دونها ، وهذا تصريح بأنه لايجـــزئ إلا إذا عسر على العاق وجود المسنة .

ويجاب عن هذا :

بأن الحديث محمول على الاستحباب وتقديره : يســتحب لكــم أن لاتذبحوا إلى مسنة فإن عجزتم فجذعة ضأن ، وليس فيه تصريح بمنــع جذعة الضأن وأنها لاتجزئ بحال [2] .

فإن قال لنا قائل : لابد من مقتض للتأويل المذكور قلنا : حديـــث أبـــى هريرة ، وما بعده والذى سوف يأتى فى أدلة الجمهور يصلـــح لجعلـــه قرينة مقتضية للتأويل فيتعين المصير إليه لذلك [3] .

القول الثانى : أن الجذع من الضـــأن يجـزئ ، وهــذا هــو قــول : الجمهور/وقد قال الإمام النووى : مذهب العلماء كافة : أنه يجزئ ســواء وجد غيره أم لا [4] وقد استدلوا على ذلك بما يلى :

أولا : قوله ﷺ : " نعمت الأضحية الجذع من الضأن [5] "

---

[1] المرجع السابق .

[2] المرجع السابق .

[3] المرجع السابق .

[4] المجموع للنووى : جـــ٨ صـــ ٤٠٩ ، روضة الطالبين للنووى : جـــ٣ صـــ ٤٩٩ .

[5] أخرجه الترمذى فى سننه : جـــ٤ صـــ٨٧ .

ثانيا : ماروى عن أم بلال بنت هلال عن أبيها أن رسول الله ﷺ قال : "يجوز الجذع من الضأن ضحية [١]

ثالثا : ماروى عن مجاشع بن سليم أن النبى ﷺ كان يقول : " إن الجذع يوفى مما توفى منه الثنية "[٢]

ويعترض عليه : بأن فى إسناده عاصم بن كليب ، وقد قال عنه ابن المدينى : لا يحتج به إذا انفرد .

ويجاب عن هذا : بأن الإمام أحمد قال عنه : لابأس به ، وقال أبو حاتم الرازى عنه : إنه رجل صالح ، وقد أخرج له الإمام مسلم فى صحيحه[٣] .

رابعا : ماروى عن عقبة بن عامر أنه قال : ضحينا مع رسول الله ﷺ بالجذع من الضأن [٤] وهذه الأحاديث تدل دلالة واضحة وبما لايدع مجالا للشك أو الخلاف على جواز التضحية والعقيقة بالجذع من الضأن، ومن هنا فإننى أرى أن الرأى الراجح فى هذه المسألة هو رأى الجمهور القائل : بجوار العقيقة بالجذع من الضأن ، لأن العقيقة تقاس عل الأضحية بجامع أن كلا منهما نسك وهذا يدل على أنه يجزئ فيها مايجزئ فى النسك سواء من الضحايا أو الهدايا ، ولأنه ذبح مسنون إما واجبا وإما استحبابا يجرى مجرى الهدى ، والأضحية فى الصدقة ، والهدية والتقرب

---

[١] أخرجه ابن ماجه فى سننه : ج٢ صـ٢٧٥ط : دار الجيل – لبنان .

[٢] أخرجه ابن ماجه فى سننه : جـ٢ صـ٢٧٥ ط : دار الجيل – لبنان .

[٣] نيل الأوطار للشوكانى : جـ ٥ صـ١١٤ .

[٤] أخرجه النسائى فى سننه : جـ٣ صـ٥٧ ط : دار الكتب العلمية – بيروت

إلى الله تعالى فاعتبر فيها السن الذى يجزئ فيهما ولأنه شرع بوصف التمام والكمال ، ولهذا شرع فى حق الغلام شاتان وشرع أن تكونا متكافئتين لا تنقص إحداهما عن الأخرى فاعتبر أن يكون سنهما سن الذبائح المأمور بها ، ولهذا جرت مجراها فى عامة أحكامها[1]

(١) تحفة المودود لابن القيم : صـ٤٦ .

المبحث الخامس
وقت العقيقة

أجمع القائلون بمشروعية العقيقة علـــى اســتحباب ذبحـــها يــوم السابع[١] لقول النبي ﷺ : " الغلام مرتهن بعقيقته ، يذبح عنه يوم الســابع ويسمى ، ويحلق رأسه" [٢] وقول أم المؤمنين عائشة (رضى الله عنــها) " عق رسول الله ﷺ عن حسن وحسين يوم السابع ، وســماها ، وأمــر أن يماط عن رؤوسهما الأذى [٣] " .

ووجه الدلالة من هذين الحديثين الشريفين على اســـتحباب ذبــح العقيقة يوم سابع ولادة المولود : واضح جلى وهو ثبوت ذلـــك بالســنة القولية ، والفعلية ، والحكمة من ذلك كما يقول العلامة ابـــن القيــم فــى كتابة: تحفة المودود بأحكام المولود [٤]: أن الطفل حين يولد يكون أمــره مترددا بين السلامة والعطب ، ولا يدرى هل هو من أمـــر الحيــاة أولا إلى أن تأتى عليه مدة يستدل بما يشاهد من أحواله فيها على سلامة بنيتــه وصحة خلقته وأنه قابل للحياة ، وجعل مقدار تلك المدة أيام الأسبوع فإنه دور يومى ، كما أن السنة دور شهرى . هذا هو الزمان الذى قـــدره الله

---

[١] حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : جـ٢ صـ١٢٦ ، مواهب الجليل للحطاب : جـ٣ صـ٢٥٦ ، المجمـــوع شرح المهذب للنووى : جـ٨ :صـ٤١١ ، روضة الطالبين للنووى : جـ٣ صـ٤٩٧ ، المغنى لابـــن قدامـــة : جـ١١ صـ١٢١ ، الانصاف فى معرفة الراجح من الخلاف للمرداوى : جـ٤ صـ١٠١ .

[٢] سبق تخريجه .

[٣] أخرجه البيهقى فى سننه بلفظ : عق رسول ﷺ عن الحسن والحسين وحلق شعورهما وتصدقت فاطمة بزنته فضـة : جـ٩ صـ٣٠٠

[٤] صـ٥٦ - ٥٧ .

يوم خلق السموات والأرض وهو تعالى خص أيام تخليق العالم بستة أيام وكنى كل يوم منها اسما يخصه به ، وخص كل يوم منها بصنف من الخليقة أوجده فيها وجعل يوم إكمال الخلق واجتماعه ، وهو يوم اجتماع الخليقة مجمعا وعيدا للمؤمنين يجتمعون فيه لعبادته وذكره والثناء عليه وتحميده وتمجيده والتفرغ من أشغال الدنيا لشكره والإقبال على خدمته ، وذكر ما كان فى ذلك اليوم من المبدأ وما يكون فيه من المعاد ، وهو اليوم الذى استوى فيه الرب (تبارك وتعالى) على عرشه ، واليوم الذى خلق الله فيه أبانا آدم واليوم الذى أسكنه فيه الجنة ، واليوم الذى أخرجه منها واليوم ينقضى فيه أجل الدنيا وتقوم الساعة وفيه يجئ الله (سبحانه وتعالى) ويحاسب خلقه ، ويدخل أهل الجنة منازلهم ،وأهل النار منازلهم.

والمقصود أن هذه الأيام أول مراتب العمر ، فإذا استكملها المولود انتقل إلى المرتبة الثانية وهى الشهور ، فإذا استكملها انتقل إلى الثالثة وهى السنين فما نقص عن هذه الأيام فغير مستوف للخليقة ، ومازاد عليها فهو مكرر يعاد عند ذكره اسم ما تقدم من عدده ، فكانت الستة غاية لتمام الخلق وجمع فى آخر اليوم السادس منها فجعلت تسمية المولود وإماطة الأذى عنه وفديته وفك رهانه فى اليوم السابع كما جعل الله (سبحانه وتعالى) اليوم السابع من الأسبوع عيدا لهم يجتمعون فيه مظهرين شكره وذكره " فرحين بما آتاهم الله من فضله[1] من تفضيله لهم على سائر الخلائق المخلوقة فى الأيام قبله فإن الله (سبحانه وتعالى) أجرى حكمته بتغير حال العبد فى كل سبعة أيام وانتقاله من حال إلى

---

[1] جزء من الآية : ١٧٠ من سورة آل عمران .

حال ، فكان السبعة طورا من أطواره وطبقا من أطباقه . ولهذا تجد المريض تتغير أحواله فى اليوم السابع ولابد إما إلى قوة وإما إلى انحطاط ولما اقتضت حكمته (سبحانه) ذلك شرع لعباده كل سبعة أيام يوما يرغبون فيه إليه يتضرعون إليه ويدعونه فيكون ذلك من أعظم الأسباب فى صلاحهم وفى معاشهم ومعادهم ودفع كثير من الشرور عنهم " فسبحان من بهرت حكمته العقول فى شرعه وخلقه "

هذا وبعد أن اتفقت كلمة الفقهاء على استحباب ذبح العقيقة يوم السابع نجدهم قد اختلفوا فى حكمها بالنسبة لمن ذبح قبله أو بعده وذلك على أربعة أقوال :

القول الأول وبه قال : الإمام مالك فى رواية عنه وهو أن العقيقة مؤقته باليوم السابع [١] ومعنى هذا أنه إن ذبح قبله لم يقع الموقع ، وأنها تفوت بعده ، وقد نقل صاحب البحر عن الإمام يحيى : أنها لاتجزئ قبل السابع ولا بعده إجماعا [٢] وقد استدلوا على ذلك بقول النبى ﷺ : " كل غلام مرتهن بعقيقته يذبح عنه يوم السابع " وفيه دليل على أن وقت العقيقة هو سابع الولادة ، وأنها تفوت بعده وتسقط إن مات قبله [٣] .

ويجاب عن هذا بجوابين :

الجواب الأول:أن دعوى الإجماع مجازفة لما ورد من الخلاف المذكور [٤]

---

[١] نيل الاوطار للشوكانى : جـ٥ صـ١٣٣ ، فتح البارى بشرح صحيح البخارى : جـ٢٠ صـ٣٠٠ ، مواهب الجليل للحطاب : جـ٤ صـ٢٥٦ .

[٢] المراجع السابقة .

[٣] المراجع السابقة .

[٤] نيل الأوطار للشوكانى : جـ٥ صـ١٣٥ .

الجواب الثاني : أن الحديث ليس فيه مايدل على عدم إجزاء العقيقة لــو ذبحت قبل السابع أو بعده لأن تأقيت العقيقة بيوم السابع إنما هــو علــى سبيل الندب والاستحباب وليس على سبيل اللزوم والوجوب .

القول الثاني : أن العقيقة تستحب فى يوم السابع فإن لم يتهيأ لهم ذبحــها فى يوم السابع ففى يوم الرابع عشر ، فإن لم يتهيأ لهم يوم الرابع عشــر ففى يوم الحادى والعشرين ، وهذا القول نقله الإمام الترمذى عن أهـــل العلم وتعقبه الحافظ ابن حجر بأنه لم ينقل ذلك صريحا إلى عن أبــى الله البوسنجى ، ونقله صالح بن أحمد عن أبيه ، وبه قال : المالكية فى قــول عندهم ، وإسحاق ، ويروى هذا عن أم المؤمنين عائشة (رضى الله عنها) والظاهر أنها لاتقوله إلا توقيفا [1]

ويجاب عن هذا القول : بأن التقيد باستحباب ذبح العقيقة فى هذه الأيــــام الثلاث دون غيرها ليس له مايدل عليه ، وأما ماروى عن أم المؤمنيـــن عائشة (رضى الله عنها) فلعله اجتهاد منها قصـــدت بـــه الحـــث علـــى المسارعة فى تنفيذ هذه السنة وعدم تأخيرها عن هذه المدة خشية تركها .

القول الثالث : أنه يستحب ذبح العقيقة فى يوم السابع فإن فات اســتحب فى كل سابع قياسا على ماقبله ، أو فى أى وقت آخر شريطة أن يكـــون ذلك قبل البلوغ ، لأنه إذا بلغ ولم يعق عنه وليه فلا يعق عن نفسه وهــذا هو قول : الإمام أحمد [2] وحجته فى هذا مايلى :

---

[1] فتح البارى بشرح صيح البخارى : جـ٢٠ ص ٣٠٠ ، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير : جـ٢صـ١٢٦ / مواهب الجليل للحطاب : جـ٤ صـ٢٥٦ / المغنى لابن قدامة : جـ١١ صـ١٢١ .

[2] فتح البارى لابن حجر : جـ٢٠ صـ٣٠٠ ، المغنى لابن قدامة : جـ١١ صـ١٢٢ ، الانصاف فى معرفة الراجح من الخلاف : جـ٤ صـ١٠٢ ، تحفة المودود لابن القيم : صـ٣٥

أولا : أن المقصود يحدث فى أى وقت مادم قبل البلوغ .

ثانيا : أن هذا قضاء فائت فلم يتوقف كقضاء الأضحية وغيرها .

ثالثا : أن العقيقة شرعت فى حق غير المولود .

القول الرابع : وهو أنه إن قدم ذبح العقيقة بعد الولادة وقبل كمال السبعة جارت تعجيلا وقام بها سنة العقيقة ، وإن عجلها قبل الولادة لم تقم بها سنة العقيقة وكانت ذبيحة لحم ، وإن أخرها بعد السبعة كانت قضاء مجزيا لكن ينبعى عليه ألا يتجاوز بها مدة الرضاع لبقاء أحكام الطفولة ، فإن أخرها عن مدة الرضاع فيجب ألا يتجاوز بها مدة البلوغ لبقاء أحكام الصغير ، فإن أخرها حتى يبلغ سقط حكمها فى حق غير المولود ، وأصبح مخيرا فى العقيقة عن نفسه إن شاء عق عن نفسه وأثيب على ذلك ، وإن شاء لم يعق ولن يعاقب على ذلك وهو قول الشافعية ، وبه قال عطاء ، والحسن واستحسنه القفال ، والشاشى ومحمد ابن سيرين [1] مستدلين على ذلك بالسنة ، والمعقول :

فأما السنة : فما روى عن أنس أن النبى ﷺ : " عق عن نفسه بعد النبوة [2]

ويجاب عن هذا الحديث من وجهين :

الوجه الأول : أن هذا الحديث باطل ، قال البيهقى : هو حديث منكر وفيه عبد الله بن محرر ، وهو ضعيف جدا ، وقال عبد الرزاق : إنما تكلموا

---

(1) نيل الأوطار للشوكانى : جـ ٥ صـ ١٣٣ ، فتح البارى : جـ ٢٠ صـ ٣٠١ ، المجموع شرح المهذب للنووى : جـ ٨ صـ ٤١١ ، روضة الطالبين للنووى : جـ ٤ صـ ٤٩٨ ، انظر : الحاوى الكبير للماوردى بتحقيق : طلبة عبد العال طلبة : ص ١٨٠ - ١٨١ .

(2) أخرجه البيهقى فى سننه : جـ ٩ صـ ٣٠٠ .

فيه لأجل هذا الحديث ، قال: البيهقي وقد روى هذا الحديث من وجه آخر عن قتادة ، ومن وجه آخر عن أنس ، وليس بشئ فهو حديث باطل وعبد الله بن محرر ضعيف متفق على ضعفه ، قال الحافظ : هو متروك [(١)]

الوجه الثاني : إن صح هذا الخبر كان من خصائصه ﷺ كما قالوا في تضحيته عمن لم يضح من أمته [(٢)]

ويجاب عن هذا : بأن الحديث وإن كان ضعيفا فإن الحكم في الأصل على التخيير بمعنى أنه شاء عق عن نفسه وأثبت عن ذلك ، وإن شاء لم يعق ولن يعاقب على ذلك .

وأما المعقول : فهو أن العقيقة مشروعة عنه ، وهو مرتهن بها فينبغي أن يشرع له فكاك نفسه[(٣)] والذى أراه راجحا من هذه الأقوال : هو القول الرابع القائل : بأنه إذا بلغ الغلام وكسب ولن يعق عنه والده ، أو وليه فقد سقط حكمها في حق غير المولود ، وأصبح مخيرا في العقيقة عن نفسه إن شاء عق وأثبت على ذلك ، وإن شاء لم يعق ولم يعاقب على ذلك .

---

(١) تلخيص الحبير لابن حجر : جـ٤ صـ١٩١ ، المجموع للنووي : جـ٨ ٤١٢ ، فتح الباري لابن حجر : جـ٢٠ صـ٣٠١ .

(٢) المرجع السابق :

(٣) المجموع شرح المهذب للنووي : جـ٨ صـ٤٩٨ .

المبحث السادس

شروط[1] العقيقة

لما كانت العقيقة ذات شبه بالأضحية من حيث إن كلا منهما إراقة دم بغير جناية ولانذر لذا فإنه يشترط فيها ما يشترط فى الأضحية وهـذا هو قول : المالكية والشافعية فى وجه ، والإمام يحيى ، والحنابلة [2]

بينما ذهب الشافعية فى وجه آخر عندهم إلى أنه لا يشـترط فـى العقيقة ما يشترط فى الأضحية [3] لعدم ورود مايدل على تلك الشـروط المذكورة فى الأضحية ، وهى أحكام شرعية لاتثبت بدون دليل .

د – ويجاب عن هذا :

بأن العقيقة تقاس على الأضحية بجامع التقرب إلـى الله تعـالى بإراقة الدم ، ومن ثم فإنه يشترط فيها مايشترط فـى الأضحيـة وهـذه الشروط التى اشترطها الفقهاء فى العقيقة لابد من توافرها وتحققها علـى

---

[1] الشرط لغة : العلامة . قال الجرجانى : الشرط عبارة عن العلامة ، أما الشرط بفتح الراء فهو بمعنى العلامة ومنه قوله (تعالى) : " فقد جاء أشراطها " – أى علامتها – انظر : التعريفات للجرجانى : صـ١١ ، معجم مقاييس اللغة لابن زكريا : جـ٣ صـ٢٦٠ ، مفردات غريب القرآن للأصفهانى : صـ٢٥٨ ، واصطلاحا . وصف ظاهر منضبط يلزم من عدمه عدم المشروط ولايلزم من وجوده وجود المشروط ولا عدمه ، فالشرط بهذا المعنى أمر زائد على ماهية الفعل وإن توقف وجود الفعل على وجوده ويعدم بعدمه من غير تأثير فى وجود ذلك الفعل ومثال ذلك الطهارة شرط فى صحة الصلاة، وهى زائدة عن حقيقة الصلاة ولكن يتوقف وجود الصلاة شرعا على وجودها : كما يلزم من عدمها عدم الصلاة ولايلزم من وجودها وجود الصلاة لانه يمنع من ذلك : أن الوقت لم يدخل مثلا فتوجد الطهارة ولاتوجد الصلاة . انظر: إرشاد الفحول للشوكانى : ص٧ ط : مصطفى الحلبى ، الشرح الصغير للدردير : جـ٢ صـ٢٤٨ ط : الإدارة العامة للمعاهدة الأزهرية .

[2] الشرح الصغير للدردير : جـ٢ صـ٦٩ ، الفواكه الدوانى فى شرح رسالة القيروانى لابن مهنا النفراوى : جـ١ صـ٤٥٩ ، المجموع شرح المهذب للنووى :/ جـ٨ صـ٤٠٩ ، المغنى لابن قدامة : جـ١١ صـ١٢٣ .

[3] نيل الأوطار للشوكانى : جـ٥ صـ١٣٨ .

الوجه الأكمل حتى يتحقق القصد منها وهو التقرب إلى الله (سبحانه وتعالى) وهذه الشروط أذكرها على النحو التالى [١]

الشرط الأول : القدرة عليها : ومعنى هذا أن العقيقة لا تجب عند من يقول بوجوبها ، أو بسنيتها على العاجز عنها ، والمقصود بالقدرة عليها عدم الحاجة إلى ثمنها لأمر ضرورى وهذا هو رأى المالكية [٢] ، بينما ذهب الحنابلة [٣] إلى أن العقيقة تسن على القادر عليها وهو الذى يمكنه الحصول على ثمنها ، ولو بالدين ما دام يقدر على وفاء دينه .

الشرط الثاني : سلامة العقيقة من العيوب الفاحشة التى تؤدى عادة إلى نقص اللحم ، أو الإضرار بالصحة [٤] كالعيوب الأربعة المتفق على كونها مانعة من التضحية وهى العور البين ، والمرض البين ، والعرج والعجف (الهزال) فلا تجزئ العوراء البين عورها ، ولا المريضة البين مرضها ، ولا العرجاء البين ضلعها ، ولا العجفاء التى اشتد هزالها وكذا كل ما كان فى معناها ، أو أقبح منها كالعمى ، وقطع الرجل وشبهه لقول النبى ﷺ : " أربع لا تجوز فى الأضاحي العوراء البين عورها والمريضة البين مرضها ، والعرجاء البين ضلعها ، والكسير التى لا تنقى [٥] "

---

[١] انظر شروط الأضحية : نيل الأوطار للشوكانى : جـ٥ صـ١١٥ ، ١١٧ ، حاشية ابن عابدين : جـ٥ صـ٢٢٦ ، بدائع الصنائع للكاسانى : جـ٥ صـ٦٩ ، الشرح الكبير للدردير :جـ٢٠ صـ١١٨ ، بداية المجتهد لابن رشد:جـ١ صـ٤٣٠ ، المهذب للشيرازى جـ١ صـ٣٢١ ، تحفة المودود لابن القيم:صـ٤٦،٤٧ .

[٢] شرح الرسالة لابن أبى زيد القيروانى : جـ١ صـ٣٦٧ .

[٣] كشاف القناع لابن إدريس البهوتى : جـ٣ صـ١٨ .

[٤] انظر هذا الشرط : تنوير الحوالك شرح موطأ مالك للسيوطى : جـ٢ صـ٤٦ .

[٥] أخرجه الترمذى فى سننه : جـ٤ صـ٨٥ ، ٨٦ .

الشرط الثالث : كون العقيقة فى وقت مخصص وهو بعد الولادة ومعنى هذا أنه إن تعجل فذبح قبل الولادة لم تقم بها سنة العقيقة. وكانت ذبيحة لحم .

الشرط الرابع : نية العقيقة فلا تجزئ بدونها ، لأن الذبح قد يكون للحم وقد يكون للقربة ، والفعل لا يقع قربة بدون النية لقول النبى ﷺ : " إنما الأعمال بالنيات " [1]

الشرط الخامس : أن تكون العقيقة من الأزواج الثمانية المذكورة فى قوله تعالى : " ثمانية أزواج من الضأن اثنين ومن المعز اثنين [2] " لأن العقيقة عباده تتعلق بالحيوان فتختص بالنعم كالزكاة ، ولذا فإنه لم ينقل عن النبى ﷺ ولاعن أصحابه التضحية أو العقيقة بغيرها .

وهذه هى شروط العقيقة المتفق عليها كما ذكرها الجمهور ، وذكر المالكية [3] شرطان آخران :

الشرط الأول : كون الذبح نهارا فلو ذبح ليلا لم تصح عقيقته ولعل الحكمة من اشتراط المالكية لهذا الشرط تتمثل فى الخوف من الخطأ فى الذبح ليلا ، أو لأن الفقراء لايحضرون للعقيقة بالليل كحضورهم بالنهار أو لأن الليل يتعذر فيه تفرقة اللحم فى الغالب فلا يفرق طازجا طريا فيفوت بعض المقصود .

---

[1] أخرجه البخارى فى صحيحه : جـ١ صـ٢٢١ .

[2] جزء من الآية : ١٤٣ من سورة الأنعام .

[3] الشرح الصغير للدردير : جـ٢ صـ٦٩ ، مواهب الجليل للحطاب : جـ٣ صـ٢٥٧ ، الفواكه الدوانى فى شرح رسالة القيروانى لابن مهنا النفراوى : جـ١ صـ٤٥٩ .

الشرط الثانى: إسلام الذابح ومعنى هذا : أن العقيقة لا تصح بذبح كافر أنابه صاحب العقيقة .

المبحث السابع
مصـرف العقيقة

إذا نظرنا إلى الحكمة التى من أجلها شرعت العقيقة عن المولــود فسوف نجد أنها تتمثل فى عدة أمور نذكر منها علـــى ســبيل المثـــال لا الحصر مايلى :

أولا : أنها قربان يقرب به عن المولود فى أول أوقات خروجه إلى الدنيا.

ثانيا : أنها تفك رهان المولود ، ومن ثم فإن المقصود منها وهو القربـــة يتحقق بمجرد إراقة الدم أما حكم لحكمها ، وجلدها بعد إراقة دمها فهو كالضحايا قياسا عليها [١] لأنها نسيكة مشروعة غير واجبـــة فأشبهت الأضحية ، ولأنها أشبهتها فى صفاتها وسنها وشـــروطها فأشبهتها فى مصرفها وهذا يدل على أنه يسلك فى العقيقة مســلك الضحايا من حيث الجمع بين الأكل منها ، والتصدق ، والإهـداء . ولكن إن طبخها ودعا إخوانه فأكلوها فحسن [٢] خلافا للمالكيـة [٣] الذين يقولون بكراهة جعلها وليمة .

هذا وإذا كانت العقيقة تقاس على الأضحية بجامع أن كلا منـــــهما إراقة دم بغير جناية ولانذر لذا فإنه يحرم بيع جلدها ، وشحمها ، ولحمها

---

[١] انظر بدائع الصنائع للكاسانى : جـ٥ صـ٨٠ الشرح الكبير للدردير : جـ٢ صـ١٢٢ ، بداية المجتهد لابن رشد جـ١ صـ٤٦٤ ، قوانين الأحكام الشرعية لابن جزى : صـ١٨٩ ، المجموع شرح المهذب للنووى : جـ٨ صـ٤١٣ ، روضة الطالبين للنووى : جـ٣ صـ٤٩٩ ، المغنى لابن قدامه : جـ١١ صـ١٢٣ الإنصاف للمرداوى : جـ٤ صـ١٠٣ .

[٢] المغنى لابن قدامه : جـ١١ صـ١٢٤ .

[٣] مواهب الجليل للحطاب : جـ٣ صـ٢٥٧ .

وأطرافها ، ورأسها ، وصوفها ، وشعرها ، ووبرها ، ولبنها الذى يحلبه منها بعد ذبحها لان النبىﷺ أمر بقسم جلودها ونهى عن بيعه فقال : " من باع جلد أضحيته فلا أضحية له [1] "

ولا يجوز إعطاء جلدها للذابح أو شيئا منها كأجر له لما روى عن على (رضى الله عنه) أنه قال أمرنى رسول الله ﷺ أن أقوم على ذبح (بدنة) وأن أقسم جلودها وجلالها وألا أعطى الجازر شيئا منها وقال : " نحن نعطيه من عندنا [2] " فإن أعطى الجزار شيئا لفقره ، أو على سبيل الهدية فلا بأس لأنه مستحق للأخذ فهو كغيره ، بل هو أولى لأنه باشرها وتاقت نفسه إليها .

ولصاحب العقيقة أن ينتفع بجلدها باستعماله فى البيت كجراب وسقاء ، وفرو ، وغربال ، ونحوها لما روى عن السيدة عائشة (رضى الله عنها) أنها اتخذت من جلد أضحيتها سقاء ، وذهب الإمام أحمد فى المنصوص عنه إلى القول : بجواز بيع الجلد والرأس والسقط على أن يتصدق بثمنه لأن الأضحية ذبيحة شرعت يوم النحر فأشبهت الهدى والعقيقة شرعت عند سرور حادث ، وتجدد نعمة فأشبهت الذبيحة فى الوليمة ، ولأن الذبيحة هنا لم تخرج عن ملكه فكان له أن يفعل بها ما شاء من بيع وغيره والصدقة بثمن ما بيع منها بمنزلة الصدقة فى فضلها وثوابها وحصول النفع به فكان له ذلك [3]

---

[1] رواه الحاكم وقال : حديث صحيح الإسناد ، ورواه البيهقى أيضا فى سننه :جـ٩ صـ٢٩٤ انظر : نصب الراية للزيلعى : جـ٤ صـ٢١٨ .

[2] متفق عليه .

[3] المغنى لابن قدامة : جـ١١ صـ١٢٤ ، الإنصاف فى معرفة الراجح من الخلاف للمرداوى : جـ٤ صـ١٠٣ .

وهو رأى وجبه لكونه يتمشى مع مصلحة الفقراء والمساكين هـذا ويستحب إعطاء القابلة من العقيقة لما فى مراسيل أبى داود أن النبـى ﷺ قال فى العقيقة التى عقتها فاطمة عن الحسن والحسين أن يبعثـوا إلـى القابلة برجل [1] . هذا ويكره عند المالكية : أن يطعم منـها يـهوديا أو نصرانيا ، وكذا يكره عندهم عملها وليمة يدعو الناس إليها [2] وسـوف يأتى بيان الحكمة التى من أجلها كرة المالكية عملها وليمة وذلـك عنـد الكلام عن مكروهات العقيقة فى المبحث الذى بعد ذلك .

---

[1] انظر المجموع شرح المهذب للنووى : جـ٨ صـ٤١١ ، تحفة المودود بأحكام المولود لابن القيم : صـ٤٩ .

[2] الفواكه الدوانى فى شرح رسالة القيروانى : جـ١ صـ٤٦٠ .

المبحث الثامن

مستحبات العقيقة ، ومكروهاتها

سوف أتكلم فى هذا المبحث – إن شاء الله تعالى عن الأمور التى تسحب فى العقيقة ، والتى تكره فأقول وبالله التوفيق :

أولا : ما يستحب فى العقيقة :[1]

1- **يستحب فى العقيقة :** أن يسمى الله تعالى عند ذبحها ويقول : " بسم الله اللهم لك وإليك عقيقة فلان [2] " قال ابن المنذر : هذا حسن وإن نوى العقيقة ولم يتكلم أجزاه (إن شاء الله)

2- **يستحب فى العقيقة :** أن تفصل أعضاؤها ولايكسر شئ من عظامها تفاؤلا بسلامة أعضاء المولود ، لما روى عن عائشة (رضى الله عنها) أنها قالت : " السنة شاتان مكافئتان عن الغلام وعن الجارية شاة " [3] وكان عطاء يقول : تطبخ جدولا [4] ولا يكسر عظم ، ويأكل ويطعم ويتصدق وذلك فى يوم السابع".

---

[1] انظر مستحبات العقيقة : مواهب الجليل للحطاب : جـ٣ صـ٤٥٧ ، الفواكه الدوانى فى شرح رسالة القيروانى : جـ١ صـ٤٦٠ ، المجموع شرح المهذب للنووى : جـ٨ صـ٤٠٦ – ٤١٠ – ٤١١ – ٤١٢ – ٤١٤ ،روضة الطالبين للنووى : جـ٣ صـ٥٠٠ ، المغنى لابن قدامة : جـ١١ صـ١٢٤ ، الإنصاف فى معرفة الراجح من الخلاف للمرداوى : جـ٤ صـ١٠٤ ، تحفة المودود لابن القيم :٣٦ – ٤١- ٤٣ – ٤٤ – ٤٩ .

[2] رواة البيهقى بإسناد حسن : جـ٩ صـ٣٠٤

[3] أخرجه الترمذى فى سننه : جـ٤ صـ٩٧ ، والبيهقى فى سننه : جـ٩ صـ٣٠٢ .

[4] جدولا : أى لا يكسر لها عظم ، وإنما تطبخ عضوا عضوا . انظر المغنى : جـ١١ صـ١٢٤ .

٣- ويستحب فيها أن لا يتصدق بلحمها نيا بل يطبخه وفيما يطبخ به وجهان أحدهما : بحموضة نقله البغوى عن الإمام الشافعى لحديث ابن عبد الله ، وفيه أن النبى ﷺ قال : " نعم الإدام الخل [1] " .

والثانى : وهو أصحهما وأشهرهما وبه قال : الجمهور وهو أنه يطبخ بحلو تفاؤلا بحلاوة أخلاقه ، وقد ثبت فى الصحيح أن النبى ﷺ " كان يحب الحلوى والعسل " والحكمة من استحباب طبخها كما يقول العلامة ابن القيم : أنه إذا طبخها فقط كفى المساكين والجيران مؤنة الطبخ ، وهو زيادة فى الإحسان وفى شكر هذه النعمة ويتمتع الأولاد والمساكين بها مكفية المؤنة.

٤- ويستحب أن يأكل منها ، ويتصدق منها بعد الطبخ وقبله ويهدى لحديث عائشة الذى سبق ذكره .

٥- ومن مستحباتها : إعطاء القابلة من رجل العقيقة لما روى فى سنن البيهقى عن على رضى الله عنه أن رسول ﷺأمر فاطمة (رضى الله عنها) فقال : زنى شعر الحسين وتصدقى بوزنه فضة وأعطى القابلة برجل العقيقة [2] " .

٦- ومن مستحباتها كون ذبحها فى صدر النهار ، وهو وقت الضحى إلى الزوال وهذا على أظهر الأقوال إلحاقا لها بالهدايا ، لأنها ليست تابعة للصلاة حتى تلحق بالضحايا ، فإن فعلت بعد الفجر وقبل طلوع

---

[1] أخرجه مسلم فى صحيحه : جـ ١٤ صـ ٦ .

[2] أخرجه البيهقى فى سننه : جـ ٩ صـ ٣٠٢ .

الشمس أجزأت مع مخالفة المستحب ، وقد اختلف أصحاب مـالك [1] في وقتها والصحيح : أن الوقت ثـلاث : مسـتحب : وهـو وقـت الضحى إلى الزوال ، ومكروه : وهو بعد الزوال إلى الغروب وبعـد طلوع الفجر إلى طلوع الشمس ، وممنوع : وهو أن يذبح ليلا .

٧- ومن مستحباتها : أن فعلها أفضل من التصدق بثمنها ، لأنـها سـنة ونسيكة مشروعة بسبب تجدد نعمة الله على الوالدين ، وفيـها سـر بديع مورث عن فداء إسماعيل بالكبش الذى ذبح عنه وفداه الله بـه فصار سنة فى أولاده بعده أن يفدى أحدهم عند ولادته بذبح يذبح عنه ولايستنكر أن يكون هذا حرزا له من الشيطان بعد ولادته كما كـان ذكر اسم الله عند وضعه فى الرحم حرزا له من ضـرر الشـيطان، ولهذا قال من يترك أبواه العقيقة عنه إلا وهـو فـى تخبيـط مـن الشيطان. فكان الذبح فى موضعه أفضل من الصدقة بثمنه ولـو زاد من الهدايا والأضاحى فإن نفس الذبح وإراقة الدم مقصود [2] فإنـه عبادة مقرونة بالصلاة كما قال تعالى " فصـل لربـك وانحـر [3] " وقال:" قل إن صلاتى ونسكى ومحياى ومماتى لله رب العالمين[4]".

٨- ومن مستحباتها : أن تكون الشاتان فى عقيقة الذكر متساويتين لقـول أم المؤمنين عائشة (رضى الله عنها) : " السنة شاتان متكافئتان عـن الغلام تشبه إحداهما الأخرى لأن كل شاة منهما بدلا وفداء ، ومعنى

---

[1] نيل الأوطار للشوكاني : جـ٥ صـ ١٣٨ ، مواهب الجليل للحطاب : جـ٤ صـ٢٥٧ .

[2] تحفة المودود بأحكام المولود لابن القيم : صـ٣٦ - ٣٧ .

[3] الآية ٢ من سورة الكوثر

[4] الآية : ١٦٢ من سورة الأنعام .

هذا أن الفداء لو وقع بالشاة الواحد لكان ينبغي أن تكون فاضلة كاملة، فلما وقع بالشاتين لم يؤمر أن يتجوز في إحداهما ويهون أمرها إذ كان قد حصل الفداء بالواحدة والأخرى كأنها تتمة غير مقصودة فشرع أن تكونا متكافئتين دفعا لهذا التوهم [١]

ثانيا : مكروهاتها :

يكره [٢] أن يلطخ رأس المولود بدم العقيقة لما روى عن عائشة (رضى الله عنها) أنها قالت " كانوا فى الجاهلية يجعلون قطنة فى دم العقيقة ، ويجعلونها على رأس المولود فأمرهم النبي ﷺ " أن يجعلوا مكان الدم خلوقا "[٣] وهذا قول : الجمهور ، مالك والشافعى ، وأحمد وابن المنذر .

وحكى عن الحسن وقتاده : أنه مستحب ، ونقله ابن حزم عن ابن عمر ، وعطاء لما روى عن سمرة بن جندب أن النبى ﷺ قال : " الغلام مرتهن بعقيقته تذبح عنه يوم السابع ويدمى " .

ويجاب عن هذا : بأن الرواية الصحيحة لهذا الحديث : " ويسمى " بدلا من " ويدمى " هكذا قال سلام ابن أبى مطيع ، وقتادة ، وإياس عن الحسن وقد وهم همام فقال : "ويدمى" ، وقد قيل هو تصحيف من الراوى[٤] ولهذا قال ابن عبد البر لا أعلم أحد قال هذا : إلا الحسن

---

(١) روضة الطالبين للنووى : جـ٣ صـ ٥٠٠ ، تحفة المودود لابن القيم : صـ٤١ .

(٢) انظر مكروهات العقيقة : المجموع شرح المهذب للنووى : جـ٨ صـ٤١٣ ، المغنى لابن قدامه جـ١١ صـ١٢٢، ١٢٣ .

(٣) خلوقا : يعنى زعفرانا – والحديث أخرجه البيهقى فى سننه : جـ٩ صـ٣٠٢ .

(٤) المغنى لابن قدامة : جـ١١ صـ١٢٣ .

وقتادة، بل عند ابن أبى شيبه بسند صحيح أنه كره التدمية ، وأنكره سائر أهل العلم وكرهوه [1]

ومن هنا فإننى أرى أن الرأى الراجح : هو الرأى القائل : بكراهة تلطيخ رأس الصبى بدم العقيقة لنهى النبى ﷺ عن ذلك فى قوله : " مع الغلام عقيقة فأهر يقوا عنه دما وأميطوا عنه الأذى " [2] ولقول عبد الله بن بريدة عن أبيه أنه قال : كنا فى الجاهلية إذا ولد لأحدنا غلام ذبح شاة ، ويلطخ رأسه بدمها فلما جاء الإسلام كنا نذبح شاة ونحلق رأس ، ونلطخه بزعفران [3] وهذا يقتضى أن لا يمس رأسه بدم لأنه أذى .

٢- وتكره العقيقة بالشرقاء (المشقوقة الأذن) والخرقاء (التى يخرق أذنها الوشم والمدابرة (التى يقطع شئ من مؤخر أذنها) والقابلة (التى يقطع شئ من مقدم أذنها) لقول سيدنا على بن أبى طالب (رضى الله عنه) أمرنا رسول الله ﷺ أن نستشرف العين والأذن ، وأن لا نضحى بمقابلة ، ولا مدابرة ، ولا شرقاء ، ولا خرقاء [4] وكذا تكره العقيقة: " بالمجزورة التى جز صوفها قبل الذبح لينتفع به " والحولاء (التى فى عينها حول) .

---

[1] المرجع السابق ، وانظر : فتح البارى بشرح صحيح البخارى لابن حجر : جـ٢٠ صـ ٣٠٠ .

[2] سبق تخريجه.

[3] أخرجه أبو داود فى سننه : جـ٨ ص ٣٣ .

[4] أخرجه الترمذى فى سننه : جـ٤ صـ٨٦ ، ومعناه : أن نشرف على الأذن والعين ونتأملهما كي لا يقع فيهما نقص وعيب ، والمقابلة : شاة قطعت أذنها من قدام وتركت معلقة ، والمدابرة : هى التى قطعت أذنها من جانب والشرقاء : مشقوقة الأذن طولا ، والخرقاء : التى فى أذنها خرق مستدير . انظر : بدائع الصنائع للكاسانى : جـ٥ صـ ٧٦ ٧٨ ، قوانين الأحكام الشرعية لابن جزى : صـ١٨٩ ، المهذب للشيرازى : جـ١ صـ٢٣٨ - ٢٣٩ .

٣- وزاد المالكية أمرا آخر : وهو أنه يكره عملها وليمة [١] يدعو الناس إليها ، ولعل وجهة نظرهم فى كراهة عملها وليمـــة : تتمثـل فـــى مخالفة فعل السلف ، ولخوف المباهاه والمفاخرة ، بـــل المطلـــوب إطعام كل أحد فى محله .

ولوقع عملها وليمة أجزأت ، وإن كرهت ، ولذا فإنـــه لا يطـــالب بإعادتها .

[١] الفواكه الدوانى فى شرح رسالة القيروان لابن مهنا النفراوى : جـــ١ صـــ ٤٦٠ .

الخاتمـة

وتشتمل على بيان أهم النتائج التى توصلت إليها فى هذا البحـــث وتوصياتي فيه

أولا : أهم النتائج التي توصلت إليها :

١- العقيقة هى : ما تذبح من النعم فى سابع ولادة المولود .

٢- عدم كراهة تسيمة العقيقة باسمها المتعارف عليها .

٣- العقيقة سنة عن النبى ﷺ .

٤- العقيقة شرعت شكرا لله تعالى وإظهار لنعمته .

٥- السنة فى العقيقة عن الذكر شاتان وعن الأنثى واحدة .

٦- العقيقة لاتكون إلا بأى جنس من الأجناس الثلاثة (الإبل ، أو البقر أو الغنم) ويدخل فى كل جنس نوعه ، والذكر والأنثى منه .

٧- استحباب العقيقة يوم سابع ولادة المولود .

٨- يستحب فى العقيقة أن يجمع صاحبها بين الأكـــل منـــها والتصــدق والإهداء لكن إن طبخها ودعا إخوانه فأكلوها فحسن .

ثانيا : توصياتي فيه :

أوصى المسلمين باتباع سنة النبى ﷺ فى العقيقة عن المولود مـــا استطاعوا إلى ذلك سبيلا فإن الخير كل الخير فى اتباع ســـنة النبـــى ﷺ والتأسى به فى قوله ، وفعله .

كما أوصيهم بألا يتكاسلون عن ذبح العقيقة أو يؤخروها عن وقتها المستحب نظرا لما فيها من أجر جزيل ، وثواب عظيم . وفـــى النهايـــة

أوصى رجال الدعوة والإعلام فى بلاد المسلمين بأن يذكروا الناس بهذه السنة العظيمة وأن يبينوا حكمها لهم حتى لايتركوها بسبب جهلهم بها وعدم علمهم بما فعله النبى ﷺ وأمرنا به . وبعد .

فإننى إذ أضع هذا الجهد المتواضع خدمة منى للفقه الاسلامى أود أن أنبه إلى أننى بشر خطئ وأصيب فإن كنت قد أصبت فلله الحمد والمنة ، وهذا من فضل الله (تعالى) على وإن كنت قد أخطأت فحسبى أنى بشر أخطئ وأصيب والعصمة ليست لأحد بعد سيدنا رسول الله ﷺ وما أحسن قول العماد الأصفهانى فى هذا المقام حيث قال : إنى رأيت أنه لايكتب أحد كتابا فى يومه ألا قال فى غده : لو غير هذا لكان أحسن ولو زيد هذا لكان يستحسن ، ولو قدم هذا لكان أفضل ، ولو ترك هذا لكان أجمل ، وهذا من أعظم العبر ، وهو دليل على استيلاء النقص على كافة البشر .



مراجعة البحث

هذه قائمة بأهم المراجع التى استعنت بها فى إعداد هذا البحث

م	المرجع	المؤلف	المطبعة
١	أولا : القرآن الكريم المنزل من لدن حكيم عليم		
	ثانيا : كتب الحديث وعلومه		
٢	تلخيص الحبير	العلامة ابن حجر العسقلانى	شركة انطباعة الفنية المتحدة
٣	تنوير الحولك شرح موطأ مالك	الإمام السيوطى	مطبوع مع الموطأ بمطبعة مصطفى الحلبى
٤	زاد المعاد فى هدى خير العباد	للعلامة ابن القيم	المكتب التوفيقية
٥	سنن ابن ماجه	أبو عبد الله القزوينى	دار الريان للتراث
٦	سنن ابن داود	أبو داود السجستانى	دار الكتب العلمية - بيروت
٧	سنن الترمذى	أبو عيسى الترمذى بتحقيق محمد فؤاد عبد الباقى	دار الحديث
٨	سنن النسائى	أبو عبد الرحمن بن شعيب النسائى	دار الكتب العلمية ببيروت
٩	صحيح البخارى	أبو عبد الله البخارى	مكتبة القاهرة
١٠	صحيح مسلم	الإمام مسلم	دار الريان للتراث
١١	فتح البارى بشرح صحيح البخارى	ابن حجر العسقلانى	مكتبة القاهرة

م	المرجع	المؤلف	المطبعة
١٢	الموطأ	الإمام مالك ابن أنس	دار إحياء الكتاب العربى (عيسى الحلبى)
١٣	نصيب الراية لأحاديث الهداية	الزيلعى	المأمون بشبرا
١٤	نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار	الإمام الشوكانى	مكتبة الدعوة الإسلامية
	ثالثا : كتب الفقه **أ- الفقه الحنفى**		
١٥	بدائع الصنائع	الإمام الكاسانى	دار الكتب العلمية - بيروت
١٦	حاشية ابن عابدين المسماة برد المحتار على الدر المختار	ابن عابدين	دار إحياء التراث العربى بيروت
	ب- الفقه المالكى		
١٧	بداية المجتهد ونهاية المقتصد	ابن رشد	مصطفى الحلبى
١٨	حاشية الدسوقى	محمد عرفة الدسوقى	عيسى الحلبى
١٩	الشرح الصغير	سيدى أحمد الدردير	الإدارة العامة للمعاهد الأزهرية
٢٠	الشرح الكبير	سيدى أحمد الدردير	دار إحياء الكتب العربية عيسى الحلبى
٢١	الفواكه الدوانى فى شرح رسالة القيروانى	ابن مهنا النفراوى	مصطفى الحلبى
٢٢	قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية	ابن جزى المالكى	عالم الفكر

م	المرجع	المؤلف	المطبعة
٢٣	مواهب الجليل في شرح مختصر خليل	الحطاب	عالم الفكر
	جـ- الفقة الشافعى		
٢٤	الحاوى الكبير	الماوردى بتحقيق / طلبة عبد العال طلبة	رسالة ماجستير بكلية/الشريعة والقانون بأسيوط سنة ١٩٩٠
٢٥	الإقناع فى حل ألفاظ أبى شجاع	الخطيب الشربينى	عيسى الحلبى
٢٦	روضة الطالبين	للإمام النووى	المكتب الإسلامى للطباعة والنشر
٢٧	المجموع شرح المهذب	للإمام النووى	دار الفكر للطباعة
٢٨	المهذب	أبو إسحاق الشيرازى	مصطفى الحلبى
٢٩	النظم المستعذب في شرح غريب المهذب	ابن بطال الركبى	مطبوع بذيل المهذب ط . مصطفى الحلبى
	د - الفقه الحنبلى		
٣٠	الإنصاف فى معرفة الراجح من الخلاف	علاء الدين المرداوى	دار الكتب العلمية - بيروت
٣١	تحفة المودود بأحكام المولود	العلامة ابن القيم	الناشر المكتبة القيمة بالقاهرة
٣٢	كشاف القناع	ابن إدريس البهوتى	دار الفكر - بيروت
٣٣	المغنى	ابن قدامه الحنبلى	دار الكتب العلمية
	هـ الفقه الظاهرى		
٣٤	المحلى	ابن حزم	مكتبة دار التراث
٣٥	الفقه الإسلامى وأدلته	د/ وهبة الزحيلى	دار الفكر

م	المرجع	المؤلف	المطبعة
	رابعا : كتب أصـــول الفقــه وقواعده		
٣٦	إرشاد الفحول	الشوكانى	مصطفى الحلبى
٣٧	الأشباه والنظائر فى الفروع	الإمام السيوطى	دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع
	خامسا : كتب اللغة		
٣٨	الشوقيات	أمير الشعراء أحمد	
٣٩	مختار الصحاح	الرازى	الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية
٤٠	المعجم الوجيز	صادر من مجمع اللغة العربية	الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية

فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات

خيار الإجازة لتصرفات الفضولي

إعداد

علي أحمد علي مرعي

أستاذ ورئيس قسم الفقه المقارن

كلية الشريعة والقانون بالقاهرة

"خيار إجازة تصرفات الفضول "

ويتناول فى هذا البحث أهم مسائله من بيان معنى الفضولى، وحكم تصرفاته من حيث الصحة وعدمها وأراء الفقهاء فى خيار الإجازة، ومن يثبت له هذا الخيار، وشرط ثبوته، ومدة الخيار، والأشياء التى ينتهى بها هذا الخيار، وما يترتب على فسخ التصرف إستنادا إلى هذا الخيار. مقررا كل واحد بمطلب خاص به.

المطلب الأول

معنى الفضولي

قال صحاب القاموس[1] " الفضولى بالضم المشتغل بما لا يعنيه"

وقال صاحب المصباح[2] " فضل فضلا من باب بقي وفى لغة فضل يفضل من باب تعب وفضل بالكسر يفضل بالضم لغة ليست بالأصل ولكنها على تداخل اللغتين وفضل فضلا من باب قتل أيضا زاد وخذ الفضل أى الزيادة والجمع فضول مثل فلس وفولس وقد استعمل الجمع استعمال المفرد فى مالا خير فيه ولهذا نسب إليه على لفظه فقيل فضولى يشتغل بما لا يعنيه لأنه جعل علما على نوع من الكلام فنزل منزلة المفرد".

---

(١) القاموس المحيط مادة فضل.

(٢) المصباح المنير مادة فضل.

هذا عن معنى الفضولى فى اللغة.

أما فى اصطلاح الفقهاء[1] فالمراد به الشخص الذى ينصرف فى حق غيره بغير إذن شرعى فخرج من بتصرف فى حق نفسه فليس بفضولى ما دام أهلاً للتصرف الذى يباشره، وخرج بقيد عدم الإذن الشخص الذى يتصرف فى حق غيره مستنداً فى تصرفه إلى إذن كالولى والقاضى والوكيل ونحوهم وتقيد الإذن بالشرع خرج به إذن من حجر عليه ثم أذن لأجنبى فى تصرف لا يملكه فهذا إذن غير معتبر شرعاً فيكون بمنزلة العدم.

المطلب الثانى

حكم تصرفات الفضولى من حيث الصحة وعدمها

. وسنقتصر فى بحثنا هنا على البيع والشراء لأن ما سواهما من التصرفات يأخذ حكمهما فى الجملة .

ونبين أولاً حكم بيع الفضولآ ثم نبحث حكم شرائه.

آراء الفقهاء فى بيع الفضولى.

اختلف الفقهاء فى هذا على مذهبين.

(١) الدر المختار ورد المحتار عليه جـ ٤ صـ ١٤١ـ والبحر الرائق جـ٥ صـ ١٦٠.

الأول: أن بيع الفضولى غير صحيح وممن ذهب إلى هذا ابن حزم[1] وبعض الشيعة، وهو المعتمد من مذهب الشافعية والحنابلة.

المذهب الثانى أن بيع الفضولى صحيح وممن ذهب إلى هذا المالكية[2] والقاسمية وهو الصحيح من مذهب الحنفية وإليه ذهب[3] الشافعى فى قول مرجوح وأحمد فى رواية وبعض الشيعة.

الأدلة

استدل من ذهب إلى بيع الفضولى غير صحيح بالكتاب والسنة والمعقول.

أما الكتاب فقوله تعالى : ﴿ ولا تكسب كل نفس إلا عليها ﴾ [4].

وجه الدلالة أن الآية الكريمة أفادت بطريق الحصر أن كسب الإنسان يكون عليه لا على غيره فلو صح تصرف الفضولى لكان فى

---

(١) المحلى جـ ٨ صـ ٤٣٤، البحر الزخار جـ٣ صـ ٣٠٥، وما بعدها، المختصر النافع صـ ١٤٢، المجموع جـ ٩ صـ ٢٨١،المغنى جـ ٤ صـ ٢٠٥.

(٢) الشرح الكبير للدردير جـ ٣ صـ ١٢، البحر الرائق جـ ٦ صـ ٧٦.

(٣) المشهور من المذهب الشافعى أن تصرف الفضولى باطل ومقابله أنه موقوف وقد اختلف الشافعية فى تفسير الوقف على رأيين أحدهما أن الموقوف الصحة فإن أجيز صح وإلا تبين بطلانه، الثانى : أن الصحة ناجزة والموقوف الملك فإن أجير التصرف حصل الملك وإلا لم يحصل وحكى هذا النووى عن إمام الحرمين، هذا والقول بالصحة والوقف قول الشافعى فى المذهب القديم وقول له فى الجديد أيضا جـ٩ صـ ٢٨٤، وحاشية الشبراملسى جـ ٣ صـ ٤ وحاشية عميرة جـ ٢ صـ ١٦٠.

(٤) سورة الأنعام آية : ١٩٤،.محلى جـ ٨ صـ ٤٣٥.

نلك إسناد كسف الإنسان إلى غيره وهذا يتنافى مع ما دلت عليه الآية الكريمة.

ويناقش هذا الاستدلال بأن الآية ليست فى محل النزاع لأنها واردة فى الجزاء الأخروى.

ويجاب عن هذا بأن قوله تعالى نكسب فعل وهو بمنزلة النكرة وهى فى سياق النفى تعم فتكون الآية الكريمة عامة.

وأما السنة فمنها ما رواه الخمسة[١] عن حكيم بن حزام قال قلت يا رسول الله يأتينى الرجل فيسألنى عن البيع ليس عندى ما أبيعه ثم أبتاعه من السوق فقال لا تبع ما ليس عندك.

وجه الدلالة من الحديث الشريف[٢]، أن الرسول ﷺ نهى حكيم ابن حزام عن بيع ما ليس فى ملكه والمبيع فى بيع الفضولى ليس ملكا لمن باشر البيع فيكون منهيا عنه والنهى يدل على الفساد فيكون بيع مال الغير بغير إذن فاسدا.

ويناقش هذا الاستدلال بأن الحديث الشريف ليس فى محل النزاع لأن قوله ﷺ لا تبع نهى عن البيع المطلق والمطلق ينصرف إلى الكامل

---

(١) المراد بهم أبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجه وأحمد راجع سبل السلام جـ ١ صـ ١٢، جـ ٣ صـ ١٦.

(٢) المغنى جـ ٤ صـ ٢٠٦.

والكامل هو البيع البات وليس محلا للنزاع بل النزاع فى البيع الموقوف[1].

ويجاب عن هذا بأن الفعل فى سياق النفى وشبهه يعم.

ومن السنة ما رواه أبو داود والترمذى وابن ماجه بسندهم عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى ﷺ قال لا طلاق إلا فيما تملك ولا عتق إلا فيما تملك ولا بيع إلا فيما تملك ولا وفاء نذر إلا فيما تملك.

وجه الدلالة[2] من الحديث الشريف أن النبى ﷺ نفى بيع ما يملكه الإنسان فيتوجه النفى إلى الصحة لأنها أقرب المجازات فيكون بيع ما ليس مملوكاً للبائع غير صحيح.

وأما المعقول فلأن المبيع لكونه غير مملوك لمن باشر العقد يكون غير مقدور على تسليمه شرعاً فلا يصح كبيع السمك فى الماء والطير فى الهواء[3].

واستدل من ذهب إلى أن بيع الفضولى صحيح بالكتاب والسنة والمعقول.

---

(١) شرح العناية جـ ٥ صـ ٣١١.

(٢) المجموع جـ ٩ صـ ٢٨٦.

(٣) المرجع السابق جـ ٩ صـ ٢٨٦.

أما الكتاب فقوله تعالى : ﴿ **وأحل الله البيع** ﴾ والبيع عام يتناول كل بيع ويدخل فى هذا بيع الفضولى فإنه بيع فيكون حلالا.

ويناقش هذا الاستدلال بأنه قد قام الدليل على عدم صحة بيع الفضولى فيكون خارجا من حكم الآية الكريمة.

ومن استدلال الذاهبين إلى الصحة بالكتاب قوله تعالى: ﴿ **يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم** ﴾ [1] فقد أباح تعالى التجارة إذا كانت عن تراض ويدخل فى هذا بيع الفضولى لأنه تجارة عن تراض.

ويناقش هذا الاستدلال بأن الآية الكريمة دليل على نفى الصحة لعدم وجود التراضى من مالك المبيع وقت العقد ولو سلم فتقييد التجارة بالتراضى لا يدل على نفى ما عداه من القيود.

واستدل الذاهبون إلى الصحة من الكتاب أيضا بقوله تعالى : ﴿ **وتعاونوا على البر والتقوى** ﴾ ومن باشر البيع لغيره قصد بفعله البر والإحسان إلى المالك وهذا من التعاون على البر والتقوى.

ويناقش هذا بأن[2] الإنسان إذا باع مال غيره بغير إذنه يكون متعديا لأنه قد أفتات على المالك وهذا ليس من البر فى شئ بل إثم وعدوان ، وأما السنة فما رواه البخارى وأبو داود وأحمد بسندهم عن

---

(١) سورة المائدة آية: ٢.

(٢) المجموع جـ ٩ صـ ٢٨٦.

عروة بين أبى الجعد البارقى أن النبى ﷺ [1] أعطاه دينارا ليشترى به لـه شاة فاشترى له به شاتين فباع إحداها بدينار وجاءه بدينار وشاة فدعا لـه بالبركة فى بيعه وكان لو اشترى التراب لربح فيه.

وجه الدلالة أن عروة ﷺ قد باع مالا مملوكا لغيره بغير إذنه لأن النبى ﷺ إنما أذن لعروة بشراء شاة ولم يأذن له بالبيع وقد أقر الرسـول ﷺ ما فعله عروة بل ودعا له بالبركة، فلو كان البيع غير صحيح ما أقره الرسول.

ويناقش هذا الاستدلال بأن عروة ﷺ لم يكن فضوليا فى البيع بـل كان وكيلا عن الرسول ﷺ وكالة مطلقة بدليل أنه باع الشاة وسلمها بدون إذن [2] .

ومن السنة ما رواه الترمذى بسنده عن حكيم بن حزام أن النبى ﷺ بعثه ليشترى له أضحية بدينار فاشترى أضحية فأربح فيها دينارا فاشترى أخرى مكانها فجاء بالأضحية والدينار إلى رسول الله ﷺ فقال ضح بالشاه وتصدق بالدينار.

وجه الدلالة أن الصحابى باع مال الغير بغير إذن منه وقد أقـره الرسول فدل على صحته.

---

(١) نيل الأوطار جـ ٥ صـ ٢٧٠.

(٢) المجموع جـ ٩ صـ ٢٨٦.

ويناقش هذا بأن فى إسناد الأثر المذكور انقطاعا لأن الترمذى رواه بسنده عن حبيب بن ثابت عن حكيم بن حزام وبين ابن أبى ثابت وحكيم انقطاع ولو سلم فالحديث محمول على أن الصحابى كان وكيلا وكالة مطلقة لما تقدم فى حديث عروة[1].

وأما المعقول فلأن من باشر العقد أهل لمباشرته إياه والمبيع مال متقوم فيصح البيع قياسا على بيع المالك بجامع أن التصرف فى كل صدر من أهله فى المحل القابل له[2].

ويناقش هذا بأن التصرف صدر من غير أهله لأن من شرط البائع أن يكون له ولاية على المبيع وعلى هذا فقياس بيع الفضولى على بيع المالك قياس مع الفرق لأن المالك له ولاية على المبيع بخلاف الفضولى.

والراجح القول بأن بيع الفضولى غير صحيح لما تقدم فى أدلة أصحاب المذهب الأول ولما رواه الترمذى والنسائى وابن ماجه بأسانيد صحيحة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ أرسل عتاب ابن أسيد إلى أهل مكة أن أبلغهم عنى أربع خصال ومنها ولا تبع مالم تملك [3].

---

(١) المرجع السابق.

(٢) البحر الرائق جـ ٦ صـ ١٦٠.

(٣) المجموع جـ ٩ صـ ٢٨٦.

هذا كله فى بيع الفضولى أما شراؤه ففيه تفصيل حاصله أن الفضولى إما أن يضيف الشراء إلى الغير الذى يشترى له أولا وعلى كل إما أن يكون الثمن من مال الفضولى أو من مال المشترى له وإن كان من مال المشترى له فإما أن يكون الثمن عينا معينة أو يكون فى الذمة.

وقد اتفق الفقهاء على أنه إن كان الثمن من مال الفضولى ولم يضف التصرف إلى الغير أو كان الثمن من مال الغير وكان فى الذمة، ولم يضف الفضولى التصرف إلى غيره اتفقوا على أن التصرف فى هاتين الحالتين صحيح واختلفوا فيمن يقع له الشراء.

ففى الحالة الأولى وهى ما إذا كان الثمن من مال الفضولى ولم يضف التصرف إلى غيره، كأن يقول الفضولى للبائع اشتريت منك هذا الشئ بكذا وينوى أن الشراء لفلان ذهب الجمهور[1] إلى أن الشراء ينفذ على من باشره أى يقع للفضولى.

وظاهر [2] مذهب المالكية أن الشراء موقوف على إجازة المشترى له، وفى الحالة الثانية وهى ما إذا كان الثمن من مال المشترى له وكان فى الذمة ولم يضف الفضولى العقد إلى غيره لكن نوى ذلك ذهب الحنفية والشافعى فى الجديد إلى أن الشراء ينفذ على من باشره

(١) البحر الرائق جـ ٦ صـ ١٦١، المجموع جـ ٩ صـ ٢٨٣، المغنى جـ ٤ صـ ٢٠٥.

(٢) بداية المجتهد جـ ٢ صـ ١٧١.

والشافعي في الجديد إلى أن الشراء ينفذ على من باشره وذهب المالكية[١] والشافعي في القديم إلى أن الشراء موقوف على إجازة المشترى له.

استدل الحنفية ومن وافقهم على وقوع الشراء لمن باشره بقوله تعالى: ﴿لا يكلف الله نفسا إلا وسعها لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت﴾[٢] وقوله تعالى : ﴿ وأن ليس للإنسان إلا ما سعى ﴾ [٣].

وجه الدلالة من الآيتين أنهما أفادتا أن كسب الإنسان وسعيه يكون له لا لغيره، وشراء الشخص كسبه وسعى له حقيقة فيقع له لا لغيره.

واستدل المالكية ومن وافقهم على أن الشراء موقوف على الإجازة بحديث عروة السابق وقد سبق مناقشة الاستدلال بالحديث.

والراجح ما ذهب إليه الحنفية ومن وافقهم لأن الأصل أن تصرف الإنسان يكون لنفسه لا لغيره حيث لم يمنع من ذلك مانع.

وفيما عدا هاتين الحالتين اختلف فقهاء المذاهب فى صحة الشراء فإن أضاف الفضولي الشراء إلى غيره الذى يشترى له كأن يقول للبائع اشتريت منك هذا الشئ لفلان بكذا فيقبل البائع على وفق هذا فحكم هذا

(١) وعند المالكية والشافعي في القديم إن كان الثمن في الذمة ولم يضف الفضولي الشراء إلى غيره فالشراء موقوف كما سبق فإن أجازه المشترى له نفذ عليه أما إن رد فعند المالكية يبطل العقد من أصله وعند الشافعي يقع لمن باشر.

(٢) سورة البقرة الآية ٢٨٦.

(٣) سورة النجم الآية ٣٩.

الشراء حكم[1] البيع أى يكون فاسدا عن الشافعية والحنابلة فى الراجح من المذهبين ويكون صحيحا موقوفا عند الحنفية والمالكية سواء كان الثمن من مال الفضولى أو من مال المشترى له وأدلة كل من الفريقين تعلم من ما مر فى البيع.

وإن لم يضف الفضولى الشراء إلى الغير فإن كان الثمن من مال الفضولى فقد تقدم فى محل الوفاق وإن كان الثمن من مال الغير الذى يشترى له الفضولى فإن كان فى الذمة فقد تقدم فى محل الوفاق أيضا وإن كان الثمن عينا معينة فحكمه حكم البيع على الخلاف السابق فيه[2].

---

(١) المجموع جـ ٩ صـ ٣٨٢، المغنى جـ ٤ صـ ٢٠٥، البحر الرائق جـ٦ صـ ١٦٢.

(٢) إن أضاف الفضولى الشراء إلى غيره كان العقد فاسدا عند الشافعية فى الجديد وموقوفا فى القديم كما تقدم فإن كان الثمن من مال الفضولى والفرض إنه أضاف الشراء إلى غيره، فللشافعية وجهان أحدهما أن العقد فاسد من أصله وثانيهما أنه صحيح وينفذ على من باشر العقد أى يقع للفضولى ووجهوا هذا بأن إضافة الشراء إلى غير من يباشره لغوا واللغو لا حكم له فيصبح القد وتلغو الإضافة.

وإن اشترى الفضولى شيئا لغيره بعين من مال ذلك الغير فالعقد صحيح موقوف عند الحنفية والمالكية وقول للشافعى ورواية عن أحمد فإن رد المشترى له البيع إنفسخ وإن أجازه فقد اختلفوا فذهب المالكية والشافعية والحنابلة بناء على أن العقد موقوف ذهبوا إلى أن الشراء يقع لمالك العين وذهب الحنفية إلى أنه بإجازة المالك ينفذ الشراء على من باشره أى يقع للفضولى لأنه إذا لم يضف الشراء إلى غيره يكون مشتريا لنفسه غاية الأمر أنه نقد الثمن من مال الغير فإن أجاز ذلك الغير فقد أذن لمن باشر العقد فى نقد الثمن فيقع الشراء للمباشر ويغرم للمالك بدل ماله من مثل إن كان مثليا أو قيمه إن لم يكن من ذوات الأمثال وهذا معنى قول الحنفية أن الإجازة نقد لا إجازة عقد ـ راجع البحر الرائق جـ ٦ صـ ١٦٠، وفتح القدير جـ ٥ صـ ٣١٢.

المطلب الثالث

مآل بيع الفضولي وشرائه عند القائلين بالصحة

من ذهب إلى أن تصرف الفضولى صحيح وإنه موقـــوف علـــى معنى أن التصرف وإن كان صحيحا لكن لا تترتب عليه آثاره فى الحـــال بل يتوقف ذلك على نظر صاحب الحق فى التصرف أى من وقـــع لـــه فيكون هذا بالخيار بين أن يجيز التصرف أو يرده، ونبحث فيما يلى آراء الفقهاء فى مشروعية هذا الخيار ومن يثبت له وشرط ثبوته ومدته ومـــا ينتهى به.

آراء الفقهاء فى مشروعية خيار الإجازة.

تقدمت آراء الفقهاء فى تصرفات الفضولى وتقدم أيضا دليل كـــل على الفساد أو الصحة.

وعلى القول بفساد تصرفات الفضولى لا يكون للخيـــار فـــائدة " شرعا فلا يثبت.

وإنما القول بمشروعية الخيار مبنى على القول بصحة تصرفـــات الفضولى .

ودليل مشروعية الخيار فى هذا الحال دفع الضرر فإنه مما لا شك فيه أن الإنسان إذا تصرف تصرفا يتعلق به حق لغـــيره وقلنـــا إن هـــذا الصرف يلزم الغير كان فى هذا اضرار به والضرر منهى عنه.

من يثبت له الخيار.

الذاهبون إلى أن بيع الفضولى وشراءه صحيحان موقوفان على الإجازة اتفقوا على أن الخيار بين الإجازة والرد يثبت لمن له ولاية إنشاء التصرف فيثبت الخيار لصاحب الولاية على المبيع إن كان التصرف بيعا ويثبت للمشترى له إن كان التصرف شراء.

وأختلفوا فى ثبوت الخيار للفضولى والمتعاقد معه.

فذهب الحنفية إلى أن الخيار يثبت للفضولى والمتعاقد معه وذهب المالكية إلى أن الخيار لا يثبت للفضولى ولا للمتعاقد معه بل يكون التصرف لازما بالنسبة لهما.

استدل الحنفية بأن الفضولى والمتعاقد معه هما اللذان باشرا العقد وحقوقه ترجع إليهما فلو قلنا بلزوم التصرف فى حقهما كان فى ذلك ضرر لهما فيثبت لهما الخيار لدفع الضرر[١].

واستدل المالكية بأن الفضولى والمتعاقد معه قد باشرا العقد مختارين فيكون ذلك رضا منهما بما يترتب على التصرف.

ويناقش هذا بأنه لا يلزم من الإقدام على التصرف الرضى بالضرر.

---

(١) شرح العناية جـ ٧ صـ ٣١٢.

والراجح ما ذهب إليه الحنفية لأن من باشر العقد قد يندم ويريد أن يتدارك ندمه ويدفع العهدة عن نفسه فيثبت له الخيار كما ثبت لمن وقع له التصرف.

شرط ثبوت الخيار

يشترط لثبوت الخيار عند من يقول به شروط أهمها ما يلي :

١- أن يكون للتصرف الذى صدر من الفضولى من يملك إجازته حين العقد[١] لأن تصرف الفضولى يصح بناء على أن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة وما لا مجيز له لا يتصور الإذن به فى الحال والإذن فى المستقبل قد يحدث وقد لا يحدث فلا ينعقد التصرف مع الشك، وإذا لم ينعقد فلا تلحقه الإجازة بعد ذلك لأن الإجازة إنما تلحق المنعقد من التصرفات.

٢- ألا[٢] يتحد العاقد بأن يبيع الفضولى مال الغير لنفسه لأن الأصل أن تعدد العاقد شرط لانعقاد البيع فإذا اتحد العاقد فات شرط الانعقاد فلا تلحق الإجازة بعد ذلك لما تقدم.

٣- ألا [٣] يكون الثمن والمثمن من الأعيان المملوكة لمن وقع له العقد كأن يكون لرجل عرضان ويغصب أحدهما شخص ويغصب

---

(١) البدائع جـ ٦ صـ ٣٠٢١، المجموع جـ ٩ صـ ٢٨٣.

(٢) الدر المختار جـ ٤ صـ ١٤٢.

(٣) الدر المختار جـ ٤ صـ ١٤٣.

الآخر شخص آخر ثم يبيع كل واحد من الغاصبين ما غصبه للأخــر فلا ينعقد التصرف لأن فائدة البيع ثبوت الملك فـــى المبيـــع للبـــائع والملك هنا حاصل بدون هذا التصرف فلا ينعقد لعدم الفائدة وإذا لـــم ينعقد لم يثبت الخيار.

٤- ألا يشترط الفضولى الخيار لمن وقع له القعد لأن الخيار يثبت لـــه بلا شرط غير مقيد بمدة فكان اشتراط الخيار له مدة محدودة مشـتملا على الضرر فيكون شرطا فاسدا فيفسد العقد فلا يثبت الخيار.

٥- أن يكون من وقع له العقد كامل الأهلية فلو كان معدوم الأهليـــة كالمجنون أو ناقصها كالصغير المميز لم ينعقد تصرف الفضولـــى، ذكر هذا صاحب الدر من الحنفية وتعقبه العلامة ابن عابدين فقـــال " وجهه غير ظاهر إذا كان للصغير أو للمجنون ولى أو كان فى ولاية قاض لأنه يصير عقدا له مجيز وقت العقد فيتوقف"[١].

ويتلخص مما ذكرناه أن شرط ثبوت الخيار أن يكون التصـــــرف منعقداً فإن فات انعقاده لسبب من الأسباب فلا يثبت الخيار لأنه لا يلحـــق غير المنعقد من التصرفات.

مدة هذا الخيار:

---

[١] الدر المختار جـــ ٤ صـــ ١٤٢.

اتفق القائلون بثبوت الخيار على أنه ليس له وقت محدود يبدأ عنده بل يكون لمن وقع له التصرف الخيار بين الإجازة والرد من وقت علمه بالتصرف ولو تأخر هذا عن وقت إنشاء التصرف كما يثبت الخيار لمن باشر التصرف من الفضولي والمتعاقد معه من وقت إنشاء التصرف عند من يرى ثبوت الخيار للمباشر.

واختلف الذاهبون إلى ثبوت الخيار في قدر المدة التي يمكن أن يظل فيها الخيار باقيا فذهب الشافعية[1] على القول بصحة تصرفات الفضولي ووقفها على الإجازة إلى أن من وقع له التصرف يثبت له الخيار بين الإجازة والرد وعند علمه بالتصرف يكون خياره على الفور بحيث لو سكت بعد علمه بالتصرف يكون سكوته رداً، لهذا التصرف.

وذهب [2] المالكية إلى أن من وقع له التصرف إن سكت عاما بعد العلم بالتصرف ولم يكن هناك مانع لزمه التصرف.

وذهب الحنفية إلى أن من ثبت له الخيار يبقى على خياره حتى يصدر منه ما يدل على اختياره للفسخ أو الإجازة من قول أو فعل.

استدل الشافعية بأن الخيار شرع للحاجة وهي تندفع بالتمكن من الفسخ أو الإجازة بعد العلم بوقوع التصرف.

---

(١) حاشية الشبراملسي جـ ٣ صـ ٣٤.

(٢) حاشية الدسوقي جـ ٣ ص ١٢.

ووجه المالكية أن السنة أقل مدى للحيازة فإن سكت من وقع له التصرف هذه المدة كان راضيا.

واستدل الحنفية بما استدلوا به فى خيار العيب وهو القياس على القصاص ويناقش بإبداء الفرق، وهو ظاهر.

ما ينتهى به هذا الخيار.

ينتهى الخيار بأمور نبحثها فيما يلى :

١- الاختيار:

فلمن ثبت له الخيار الحق فى أن يجيز التصرف أو يرده[١] فإن اختار الإجازة انتهى الخيار ولزمه التصرف وإن اختار الرد انتهى الخيار وإنفسخ التصرف ويحصل كل واحد من الرد والإجازة بما يدل عليه من قول أو يشعر به من فعل.

فالإجازة بالقول كأن يقول من ثبت له الخيار أجزت التصرف أو رضيته أو أمضيته ونحو هذا مما يدل على الرضى ومثال الإجازة بالفعل أن يقوم من وقع له التصرف بتسليم المبيع للمشترى بعد علمه بتصرف الفضولى إن كان التصرف بيعا أو يقبض ثمن المبيع أو يتصرف فيه تصرف الملاك بعد العلم بالتصرف إن كان شراء.

---

(١) فتح القدير جـ ٥ صـ ٣١٣، البحر الرائق جـ ٦ صـ ١٦١، المجموع جـ ٩ صـ ٢٨٢، ورد المحتار جـ ٤ صـ ١٤٨.

هذا بالنسبة إلى من يقع له التصرف أما بالنسبة إلى من يباشره وهو الفضولى والتعاقد معه فعلى القول بثبوت الخيار لهما فليس لهما ولا لأحدهما الحق فى إجازة التصرف على من وقع له[1]، لما فى ذلك من إلزام للغير بتصرف غيره من غير إذنه ولكن يثبت للفضولى والمتعاقد معه الخيار فى فسخ التصرف الذى باشراه فإن فسخاه أو فسخه أحدهما قبل إجازة من وقع له انفسخ فلا تلحقه إجازة بعد ذلك لأنه بعد الانفساخ يكون غير منعقد.

٢- بقاء أهلية الفضولى عند الإجازة لأنه بها يصير بمثابة الوكيل فترجع حقوق العقد إليه ولا يمكن ذلك إذا زالت أهليته[2].

٣- بقاء أهلية من تعاقد مع الفضولى لأن حقوق العقد ترجع إليه كما فى الفضولى.

٤- بقاء أهلية من وقع له التصرف عند الإجازة لأن التصرف موقوف على نظره ولا يتصور منه إجازة ولا رد إن كان فاقد الأهلية.

٥- قيام المعقود عليه وقت الإجازة لأن الملك فيه ينتقل بالإجازة ولا يمكن ذلك بعد الهلاك لفوات المحل.

هذا وإن زالت أهلية من باشر التصرف أو من وقع له قبل الإجازة انفسخ ولا تلحقه التصرف إجازة بعد ذلك.

---

(١) البدائع جـ ٦ صـ ٣٩٢٦.

(٢) فتح القدير جـ ٥ صـ ٣١١ ، البدائع جـ ٦ صـ ٣٠٢٥.

وتلخص مما ذكرناه أن تصرف الفضولى عند من يقول بصحته يكون موقوفا على رضا من وقع له العقد فيكون له الحق فى فسخ التصرف أو إجازته وكذلك يكون التصرف محتملا للفسخ من جانب الفضولى ومن تعاقد معه عند الأحناف وينفذ الفسخ من جانب المباشر إذا لم يجز التصرف من وقع له.

ويترتب على فسخ تصرف الفضولى زوال التصرف من أصله لأن الملك فى هذا التصرف لا ينتقل إلا بالإجازة فإذا لم تحقق لم ينتقل الملك[1].

والله تعالى أعلم.

---

(١) هذا وقد صرح المالكية فى بيع الفضولى أن البيع منحل من جهة المالك لازم من جهة الفضولى والمشترى، ومقتضى كون البيع منحلا من جهة المالك أن المبيع لم يخرج عن ملكه وكان مقتضى هذا أن تكون غلة المبيع لمالكه إذا لم يجز البيع ولكن صرح العلامة الدردير أن الغلة تكون للمشترى إلا إذا علم أن البائع غير مالك وعلم بتعديه أو لم تقم شبهة تنفى العداء عن البائع ولعل وجه ذلك أن الغلة تكون للمشترى مقابل الإنفاق على المبيع، راجع الشرح الكبير جـ ٣ صـ ١٢.

فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات

بحث فى
طرق دلالة اللفظ على المعنى
عند الأصوليين

إعداد

دكتور / محمد عبد السميع فرج الله

مدرس أصول الفقه

بكلية الشريعة والقانون بأسيوط

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

الحمد لله خالق الأفلاك ومدبرها، ومزينها بالشهب الثاقبة ومنيرها، وجاعل حركات السيارات دالة على اختلاف أحوال الكائنات وتدبيرها، ومظهر حكمه فى إبداعه لأنواع موجودات العالم وتصويرها، العادل فينا قضاه وأمضاه من الأحكام وتقديرها، الذى شرف نوع الإنسان بالعقل الهادى إلى أدلة التوحيد وتحريرها وأهّل خاصة العلماء لاستثمار أحكام الشريعة من مداركها وتقريبها.

وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، شهادة منجية من صغير الموبقات وكبيرها، وأشهد أن سيدنا محمدا عبده ورسوله، الذى أزل بواضح برهانه، وأزاح بصادق بيانه، ما ظهر من شبه الملحدة وتزويرها. ورضى الله عن صحبه ومن سار على نهجه إلى يوم الدين.

وبعد : فإنه لما كانت الأحكام الشرعية، والقضايا الفقهية وسائل مقاصد المكلفين ومناط مصالح الدنيا والدين، أولى بالالتفات إليها، وأجدر بالاعتماد عليها، وحيث كان لا سبيل إلى استثمارها، دون النظر فى مسالكها، ولا مطمع فى اقتناصها، من غير التفات إلى مداركها، كان من اللازمات، والقضايا الواجبات البحث فى أغوارها، والكشف عن أسرارها، والإحاطة بمعانيها، والمعرفة بمبانيها، ولما كان من ضروريات استنباط الحكم من النص قرآنا كان أو سنة معرفة المعنى،

وإدراك مرمى اللفظ والمبنى وطرق دلالته على مراد المتكلم بالنظم والمعنى.

لذلك كثر تدآبى، وطال اغترابى، فى جمع فوائدها، وتحقيق فوائدها من مباحث الفضلاء، ومطارحات النبلاء، فوجدت أنهم ساروا فى بحثهم مع النص حسب تدرجه وارتباطه بمعناه، حتى يتمكنوا فى الوقوف على مغزاه، وقد أشار إلى ذلك الإمام البزدوى فقال: إنما يعرف أحكام الشرع بمعرفة أقسام النظم والمعنى، وذلك إلى أربعة أقسام فيما يرجع إلى معرفة أحكام الشرع.

القسم الأول : فى وجوه النظم صيغة ولغة وهى أربعة:

الخاص، والعام، والمشترك، والمأول

القسم الثانى : فى وجود البيان بذلك النظم وهى أربعة:

الظاهر، والنص، والمفسر، والمحكم.

وإنما يتحقق معرفة هذه الأقسام بأربعة أخرى فى مقابلتها وهى:

الخفى، والمشكل، والمجمل، والمتشابه.

القسم الثالث: فى وجوه استعمال ذلك النظم وجريانه فى باب البيان وهى أربعة:

الحقيقة، والمجاز، والصريح، والكناية .

القسم الرابع: في وجوه الوقوف على المراد والمعاني على حسب الوسع والإمكان وإصابة الحق (وهو المسمى بطرق دلالة الأدلة على الأحكام الشرعية).

وهذا القسم هو محل الكلام، ولهذا سوف نفرده بالبحث والحديث عنه.

خطة البحث

هذا وقد خططت لموضوع بحثي هذا فجعلته في مقدمة وبابين وخاتمة، أما المقدمة: ففي تعريف الدلالة وبيان أقسامها.

وأما الباب الأول: ففي طرق دلالة اللفظ على المعنى عند الأحناف، وفيه أربعة فصول :

الفصل الأول: في دلالة عبارة النص.

ويشتمل على ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: في تعريف دلالة عبارة النص.

المبحث الثاني: ما ثبت من أحكام بعبارة النص.

المبحث الثالث: حكم عبارة النص.

الفصل الثاني: في دلالة الإشارة .

ويشتمل على خمسة مباحث:

المبحث الأول: في تعريف دلالة الإشارة.

المبحث الثاني : في الفرق بين الاستدلال بالعبارة والإشارة.

المبحث الثالث: ما ثبت من أحكام بإشارة النص.

المبحث الرابع: أقسام دلالة الإشارة.

المبحث الخامس: فى حكم دلالة الإشارة.

الفصل الثالث: فى دلالة النص

ويشتمل على سبعة مباحث:

المبحث الأول : فى تعريف دلالة النص.

المبحث الثانى: فى الفرق بين دلالة النص والقياس.

المبحث الثالث : ما ثبت من أحكام بدلالة النص.

المبحث الرابع: فى أقسام دلالة النص.

المبحث الخامس: فى حكم دلالة النص.

المبحث السادس: فى تعارض دلالة النص مع دلالة الإشارة

المبحث السابع: فى الفروع الفقهية المخرجة على دلالة النص.

الفصل الرابع: فى دلالة الاقتضاء

ويشتمل على خمسة مباحث:

المبحث الأول: فى تعريف دلالة الاقتضاء.

المبحث الثانى: فى الفرق بين دلالة الاقتضاء ودلالة الإشارة

المبحث الثالث: فى أقسام دلالة الاقتضاء.

المبحث الرابع: فى عموم المقتضى.

المبحث الخامس: في حكم دلالة الاقتضاء.

وأما الباب الثاني: ففى طرق دلالة اللفظ على المعنى عند الجمـــهور، ويشتمل على فصلين:

الفصل الأول: فى دلالة المنطوق، ويشتمل على مبحثين:

المبحث الأول: فى تعريف المنطوق.

المبحث الثاني: فى أقسام دلالة المنطوق.

ويشتمل على مطلبين:

المطلب الأول: فى المنطوق الصريح.

ويشتمل على مسألتين :

المسألة الأولى : فى تعريف المنطوق الصريح

المسألة الثانية: فى أقسامه.

المطلب الثاني: فى المنطوق غير الصريح.

ويشتمل على مسألتين :

المسألة الأولى: فى تعريفه.

المسألة الثانية : فى أقسامه.

الفصل الثاني: فى دلالة المفهوم، ويشتمل على مبحثين:

المبحث الأول: فى تعريف دلالة المفهوم.

المبحث الثاني : فى أقسامها.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: فى مفهوم الموافقة، ويشتمل على خمس مسائل:-

المسألة الأولى: فى تعريفه.

المسألة الثانية: فى شرطه.

المسألة الثالثة: فى أقسامه من حيث الأولوية والمساواة فى الحكم.

المسألة الرابعة: فى حكم مفهوم الموافقة.

المسألة الخامسة: فى أقسام مفهوم الموافقة من حيث القطيعة والظنية.

المطلب الثانى: فى مفهوم المخالفة .

ويشتمل على عشرة مسائل:

المسألة الأولى: فى تعريفه.

المسألة الثانية : فى حجيته.

المسألة الثالثة: فى شروط العمل به.

المسألة الرابعة: أثر الاختلاف فى العمل بمفهوم المخالفة.

المسألة الخامسة: فى أقسامه.

المسألة السادسة: مفهوم اللقب.

المسألة السابعة: مفهوم الصفة.

المسألة الثامنة: مفهوم الشرط.

المسألة التاسعة: مفهوم العدد.

المسألة العاشرة : مفهوم الغاية.

الخاتمة:

وأخيرا فهذا جهد المقل، فإن كنت قد وفقت فبفضل الله وعونـــه، وإن كنت قد أخطأت فحسبي أنني بشر، والكمال لله وحده، والله أسـأل أن يجعل عملي هذا خالصا لوجهه الكريم، وأن يجزيني عنه يـوم لا ينفـع مال ولا بنون إلا من أتى الله بقلب سليم، وصلى اللهم على سيدنا محمـد وعلى آله وصحبه وسلم.

إعداد

د./ محمد عبد السميع فرج الله

مدرس أصول الفقه

بكلية الشريعة والقانون بأسيوط

الدلالة

تمهيد

والكلام فيها يشتمل على الآتى:

أولا: تعريفها:

للدلالة تعريف فى اللغة وآخر فى الاصطلاح.

فالدلالة فى اللغة: مصدر دل يدل، وهو مصدر سماعى، ودلالة بفتح الدال وكسرها وضمها إلا أن الفتح أولى. والفعل دل له معان فى اللغة منها:

[١] دل بمعنى: أبان، والدلالة إبانة الشئ بأمارة تتعلمها مثل قولهم دل فلان فلانا على الطريق بينه له، ومن هذا جاء قولهم لفظ بين الدلالة

.

[٢] دل بمعنى: هدى وأرشد، يقال دل فلان إذا هدى، ومنه قوله ﷺ : "الدال على الخير كفاعله"(١).

هذا وقد جاء للفعل " دل " معان أخرى كثيرة لكن الذى يهمنا فى موضوع بحثنا ما ذكرنا، وتكون الدلالة فى اللغة على هذا بمعنى الإبانة والهداية والإرشاد وكلها معان متقاربة.

---

(١) ينظر: كشف الخفاء للعجلونى ـ ج١ ص ٤٨٠، لسان العرب ـ ج٢ ص ١١٤١٣.

والدلالة في الاصطلاح:

هى كون الشئ بحالة يلزم من العلم بها العلم بشئ آخر، سواء كان الشئ لفظا أو غيره والشئ الأول هو الدال، والشئ الثانى هو المدلول.

ثانيا : أقسامها:

تنقسم الدلالة من حيث هى إلى قسمين :

١- دلالة لفظية. ٢- دلالة غير لفظية.

أولا : الدلالة غير اللفظية

هى كون الشئ بحالة يلزم من العلم به العلم بشئ آخر.

أقسامها:

تنقسم الدلالة غير اللفظية إلى ثلاثة أقسام:

١- وضعية. ٢- طبيعية ٣- عقلية

* **الدلالة غير اللفظية الوضعية:** كدلالة الإشارة المعهودة بالرأى على الإيجاب أو الرفض، ودلالة النماذج واللافتات على ما يقصد منها كدلالة المئذنة للناظر من بعد على المسجد.

* **الدلالة غير اللفظية الطبيعية :** كدلالة الحمرة على الخجل، وحركة النبض على حالة القلب، ودلالة الأعراض الخاصة بكل مرض عليه.

***الدلالة غير اللفظية العقلية :** كدلالة الأثر على المؤثر، ودلالة وجود السبب على وجود مسببه كدلالة الدخان على النار.

ثانيا : الدلالة اللفظية

وهى كون اللفظ بحيث إذا أطلق فهم منه المعنى.

أقسامها:

تنقسم الدلالة اللفظية إلى :

١- طبيعية .　　٢- عقلية .　٣- وضعية.

١- **الدلالة اللفظية الطبيعية:** كدلالة لفظ " آه " على آلام الجسم.

٢- **الدلالة اللفظية العقلية:** كدلالة اللفظ على حياة لافظه.

٣- **الدلالة اللفظية الوضعية:** وهى عبارة عن كون اللفظ بحيث إذا أرسل فهم منه المعنى للعلم بوضعه ــ أى بوضع اللفظ للمعنى ــ واللام فى قولهم للعلم بوضعه " بمعنى عند "، وهذه الدلالة هى المرادة هنا(١).

---

(١) ينظر: التقرير والتحبير ــ ج ١ ص ٩٩، والتجريد للبناني ــ ج ١ ص ٢١٢.

وتنقسم الدلالة اللفظية الوضعية إلى :

١- مطابقية ٢- تضمنية ٣- التزامية .

١- **دلالة المطابقية** : هى فهم السامع أو إفهامه من كلام المتكلم كمال المسمى كفهم مجموع العشرة من لفظها، أو هى دلالة اللفظ على تمام مسماه سواء أكان المسمى له أجزاء، كدلالة الإنسان على الحيوان الناطق، أم لم يكن له أجزاء كدلالة لفظ " الله " على الذات العلية، وسميت بذلك لأن اللفظ طابق المعنى[1] .

٢- **دلالة التضمين**: هى إفهام اللفظ للسامع جزء المسمى، كإفهام لفظ العشرة السامع له الخمسة منه، أو هى دلالة اللفظ على جزء المسمى كدلالة الإنسان على الحيوان فقط أو الناطق فقط[2] وسميت تضمينية؛ لأن المعنى الموضوع له اللفظ تضمن المعنى المدلول عليه.

٣- **دلالة الالتزام**: هى إفهام اللفظ للسماع لازم المسمى البين، أو هى دلالة اللفظ على لازم مسماه، كدلالة لفظ الإنسان

(١) ينظر : حاشية العطار ــ ج١ ص ٢٨٤.

(٢) ينظر: تيسير التحرير ــ ج١ ص ٨٢.

على الكتابة مثلا[1]، وسميت بذلك لكون المعنى المدلول عليه لازما للموضوع له.

اعتراض وجوابه:

اعترض الإمام الإسنوى على تقسيم الدلالة إلى ثلاثة أقسام بقوله: هذا التقسيم غير جامع؛ لأن دلالة العام على فرد من أفراده كدلالة لفظ المشركين على مشرك واحد لا تدخل تحت نوع من هذه الأنواع الثلاثة، فهى ليست مطابقية، لأن الفرد ليس كل المسمى ضرورة أن المسمى للفظ العام هو كل الأفراد، وليست تضمينية؛ لأن الفرد فى العام ليس جزءا، وإنما هو جزئى؛ لأن الجزء يقابل الكل، والجزئى يقابل الكلى، والعام ليس كلا وإنما هو كلى، وليست التزامية؛ لأن الفرد ليس لازما لمسمى العام وهو ظاهر[2].

والجواب عن هذا :

ما قاله ابن السبكى: وهو أن دلالة العام على فرد من أفراده من قبيل الدلالة المطابقية؛ لأن العام وإن كان موضوعا لكل الأفراد إلا أن الحكم فيه مقصود به كل فرد من أفراد العام، ولذلك يقولون: الحكم فى العام كلية، أى مقصود به كل فرد على حدة، وليس المقصود به كل الأفراد مجتمعة، فالعام فى قوة قضايا متعددة بتعدد أفراده، وكل قضية

(١) ينظر: حاشية العطار على جمع الجوامع ــ ج١ ص ٢٨٧، والإحكام للآمدى ــ ج١ ص ١٧.

(٢) ينظر: شرح الإسنوى على منهاج الوصول ــ ج١ ص ٣٠٧.

تعتبر قائمة بنفسها، ولا شك أن الدلالة فى القضية المستقلة من قبيل الدلالة المطابقية[1].

النسبة بين الدلالات الثلاث من العموم والخصوص

بالنظر إلى الدلالات المتقدمة نجد أن دلالة المطابقية أعم من التضمين والالتزامية؛ لأنه كلما وجدت دلالة التضمين أو دلالة الالتزام وجدت دلالة المطابقة؛ لأن شيئا مسمى حينئذ، فاللفظ يدل عليه مطابقة، وقد توجد دلالة المطابقة ولا يوجد إلا فى اللفظ الموضوع للبسائط التى ليست لها أجزاء أو لوازم بينة، فالمطابقية أعم مطلقا[2].

وأما هما ــ أى التضمين والالتزامية ــ واحدة أعم من الأخرى وأخص من وجه؛ لأن الأعم والأخص من وجه، هما اللذان يجتمعان فى صورة ويوجد كل واحد منهما وحده كالأبيض والحيوان، فيوجد الحيوان ولا يقى الزنجى والأبيض، ولا حيوان فى الجير واللبن، فكذا هاهنا يوجد التضمين والالتزام كما فى اللفظ الموضوع للمركبات التى ليست لها لوازم بينه، ويجتمعان فى اللفظ الموضوع للمركبات التى لها لوازم بينة.

---

(١) ينظر : شرح البدخشى - ج١ ص ٢٤٤، جمع الجوامع لتقى الدين السبكى ــ ج١ ص ٦٣.

(٢) ينظر: الإحكام للآمدى ــ ج١ ص١٧.

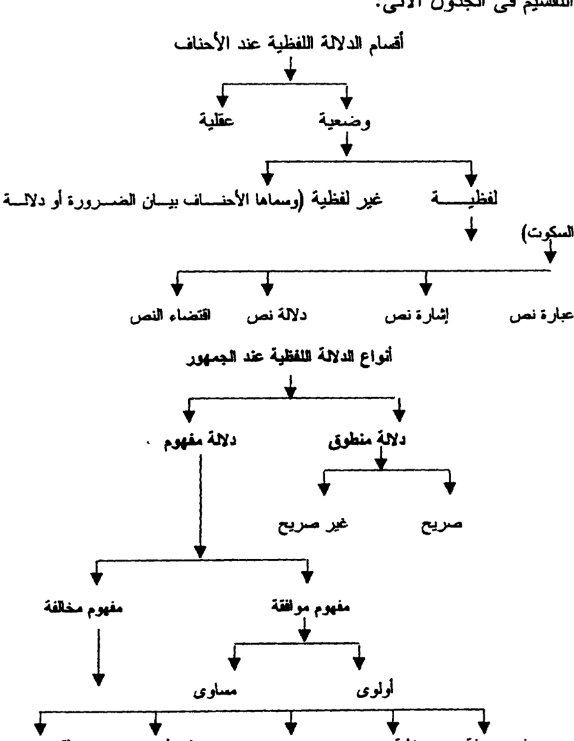
وجه الحصر:

وهو أن المدلول إما وضع له اللفظ أو لا ، والأول: دلالـــة المطابقــة، والثانى إما أن يكون المدلول داخلا فيما وضع له اللفظ أو لا، فـــالأول دلالة التضمين، والثانى الالتزام، فثبت من هذا التقسيم الدائر بين النفـــى والإثبات الحصر فى الثلاث(١).

(١) ينظر: الإحكام للآمدى ــ ج١ ص ١٧، والتقرير والتحبير ــ ج١ ص ٩٨.

تقسيم الدلالة اللفظية الوضعية عند الأصوليين

نقول: لسهولة الإحاطة بتقسيم الدلالة عند الأصوليين نذكر هـــذا التقسيم فى الجدول الآتى:



الباب الأول

فى

طرق دلالة اللفظ على المعنى عند الأحناف

ويشتمل على خمسة فصول

الفصل الأول: دلالة عبارة النص.

الفصل الثانى : دلالة الإشارة .

الفصل الثالث : دلالة النص.

الفصل الرابع : دلالة الاقتضاء

الفصل الخامس: أقسام الدلالة الوضعية غير اللفظية.

الباب الأول

طرق دلالة اللفظ على المعنى عند الأحناف

وقبل بيان هذه الطرق نشير إلى جزئية مهمة هاهنا وهى:

[بيان الفرق بين دلالة اللفظ والدلالة باللفظ]

فنقول:

دلالة اللفظ: هى فهم السامع، وأما الدلالة باللفظ فهى استعمال اللفظ إما فى موضوعه وهو الحقيقة، أو فى غير موضوعه لعلاقة بينهما وهو المجاز، وأما استعماله لغير علاقة قال العلماء: هو وضع مستأنف من ذلك المستعمل كما إذا قال الله أكبر، أو كما قال اسقنى ماء، ويريد بذلك طلاق زوجته.

والباء فى قولهم " الدلالة باللفظ" باء الاستعانة؛ لأن المتكلم استعان بلفظ على إفهامنا ما فى نفسه كما يستعان بالقلم فى الكتابة.

هذا ويقع الفرق بينهما (أى بين دلالة اللفظ والدلالة باللفظ) فى خمسة عشر فرقا :

أحدها: أن دلالة اللفظ للسامع والأخرى صفة للمتكلم.

ثانيها: أن دلالة اللفظ محلها القلب؛ لأنه موطن العلوم والظنون، والأخرى محلها اللسان وقصبة الرئة.

وثالثها: أن دلالة اللفظ علم أو ظن والأخرى أصوات مقطعة.

رابعها: أن دلالة اللفظ مشروطة بالحياة.

وخامسها: أن أنواع دلالة اللفظ ثلاثة: المطابقية، والتضمن والالتزام لا تتصور في الدلالة باللفظ ولا يعرض لها. وأنواع الدلالة باللفظ اثنان الحقيقة والمجاز لا يعرضان لدلالة اللفظ[1].

وسادسها: أن دلالة اللفظ مسببة عن الدلالة باللفظ، فالفهم ينشأ عن النطق والدلالة باللفظ سبب.

وسابعها: أنه كلما وجدت دلالة اللفظ وجدت الدلالة باللفظ؛ لأن فهم مسمى اللفظ فرع النطق باللفظ، وقد توجد الدلالة باللفظ دون دلالة اللفظ، لعدم تفطن السامع لكلام المتكلم لصارف؛ إما لكونه لا تعرف لغته، أو استعمل لفظا مشتركا دون قرينة، أو بقرينة لم يفهمها السامع.

وثامنها: أن دلالة اللفظ حقيقة واحدة لا تختلف في نفسها؛ لأنها إما علم أو ظن، وهما أبد الدهر على حالة واحدة، والدلالة باللفظ وهي استعماله تختلف، فتارة يوجب الاستعمال تقديم خبر المبتدأ، وتارة يوجب تقديم الفاعل، وتارة لا يوجب إلى غير ذلك من اختلاف أوضاع اللغة العربية.

---

(١) ينظر: أصول الفقه للشيخ زهير ــ ج٢ ص ٩، شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول ــ ج١ ص ٢٦، ونفائس الأصول في شرح المحصول ج١ ص ٥٤٣ ــ ط نزار مصطفى الباز.

وتاسعها: أن الدلالة باللفظ المشترك لا تدرك بالحس في مجرى العادة، والدلالة باللفظ تسمع.

وعاشرها: أن الدلالة باللفظ لا تتصور في الغالب إلا من مسميات عديدة نحو قام زيد فإن كل حرف منه مسمى لاسم من حروف الجمل، والنطق بالحرف الواحد نحو " ق " و " س " نادر، وأما الأخرى فدائما هي مسمى واحد وهي علم أو ظن.

وحادي عشرها: أن دلالة اللفظ تأتي من الأخرس بخلاف الأخرى.

وثاني عشرها: الدلالة باللفظ لا تقوم إلا بمتحيز، ولذلك أحلنا الأصوات على الله تعالى، ودلالة اللفظ على قيامها بغير المتحيز، ولذلك فإن الله تعالى له علم متعلق بجميع المعلومات، وسمع جميع الكلام والأصوات.

وثالث عشرها: دلالة اللفظ لا تتصور من غير سمع، فإن فهم معنى اللفظ فرع سماعه، والأخرى تتصور من الأصم الذي طرأ عليه الصمم، فإن الذي لا يسمع قط لا يتصور منه النطق باللغات الموضوعة؛ لأنه لم يسمعها ليحكيها.

ولذلك قال الأطباء: إن الخرس أصابتهم غالبا في آذانهم لا في ألسنتهم فلم يسمعوا شيئا يحكوه، فلذلك لا يتكلمون.

ورابع عشرها: أن الدلالة باللفظ اتفق العقلاء على أنها من المصادر التى لا تبقى زمانين، واختلفوا فى دلالة اللفظ هل تبقى أم لا[1].

وخامس عشرها: الدلالة باللفظ توصف بالفصاحة وغيرها مما يوصف به المتكلمون فى كلامهم، ودلالة اللفظ لا توصف بشئ من ذلك، ولا يوصف العلم الحاصل عن النطق بغير كونه علماً والظن الناشئ عن النطق قد يوصف بالقوة بخلاف العلم.

ثانيا: الفرق بين الوضع والاستعمال والحمل

أيضاً مما تجدر الإشارة إليه هنا هو بيان الفرق بين الوضع والاستعمال والحمل فإن هذه المصطلحات تلتبس على الكثير من الناس، وهى متعلقة بما نحن فيه والحاجة إليها ماسة .

فالوضع فى الاصطلاح: يقال بالاشتراك على ثلاث معان.

أحدها: جعل اللفظ دليلاً على المعنى كتسمية الولد زيداً، ومنه وضع اللغات.

وثانيها: استعمال اللفظ فى المعنى حتى يصير أشهر فيه من غيره، وهذا هو وضع الحقائق الشرعية والعرفية، فإن حملة الشريعة اتفقوا على تسمية الاعتكاف للبس الخاص، والموالاة والترتيب للصفتين الخاصتين فى الطهارات.

---

(١) ينظر : مختصر المنهى بشرح العضد ج١ ص ٣٠، والمتصفى ج١ ص ٨٠.

وثالثها: أصل الاستعمال ولو مرة واحدة، وهو المراد من قول العلماء من شرط المجاز الوضع أو ليس من شرطه ذلك خلاف، ومرادهم بالوضع أنه لابد أن يسمع من العرب النطق بذلك النوع من المجاز ولو مرة واحدة وضعا إلا فى هذا الموضع.

وأما الاستعمال: فهو إطلاق اللفظ وإرادة مسماه بالحكم وهو الحقيقة أو غير مسماه لعلاقة بينهما وهو المجاز.

والحمل: هو اعتقاد السامع مراد المتكلم من اللفظ.

فمعنى قول العلماء إن الإمام الشافعى ﷺ حمل قوله تعالى ﴿ والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ﴾، على الأطهار أى اعتقد مراد الله تعالى من الآية، وأن أبا حنيفة ﷺ حمل الآية على الحيض، فاعتقد أن هذا مراد الله تعالى من الآية، فيؤول الحمل على دلالة اللفظ فتحصل أن الوضع سابق والحمل لاحق، والاستعمال متوسط، وأن المستعمل والحامل معلوما، والواضع مجهول على الخلاف فى ذلك وأن كل واحد منها يأتى منه الاستعمار والحمل ويتعذر منه الوضع، فهذه فروق ثلاثة بين الوضع والآخرين(١).

هذا ولقد كانت الحاجة إلى بيان هذا الفرق هامة هنا، وذلك لأن الاستدلال بألفاظ النصوص الشرعية على الأحكام يتوقف على معرفة أمرين:

---

(١) ينظر: كشف الأسرار على أصول البزدوى ـ ج١ ص ٢٠.

الأمر الأول : عدم الخطاب باللفظ المهمل وهو الذى لا دلالة لـــه علـــى معنى من المعانى مثل " ديز " مقلوب " زيد "؛ لأن الخطاب بمـــا لا يدل على معنى من المعانى نقص وهو محال على الله.

الأمر الثانى : عدم الخطاب بلفظ يدل على معنى ويراد به غـــير ذلـــك المعنى دون قرينة تبين المعنى الذى أريد من اللفظ؛ لأنه يكـــون شبيها بالمهمل، ويتعذر الاستدلال بالألفاظ على الحكم الشرعى[1] حينئذ إذا تمهد هذا فنقول:

منهج الأحناف في الاستدلال بالألفاظ على الأحكام

للحنفية منهج متميز فى تقسيم الألفاظ من حيـــث الدلالـــة علـــى الأحكام، وذلك لأن استنباط الأحكام مـــن الألفـــاظ والعبـــارات الواردة فى الكتاب والسنة لا يمكن إلا بعد فهم المعنى، ولما كـــان فهم المعنى تارة يكون عن طريق لفظ النص وعبارتـــه، وتـــارة يكون عن طريق إشارته، وتارة عن طريق دلالته، وتارة يكـــون عن طريق اقتضائه.

لذا قسم علماء الأحناف الدلالة اللفظية إلى أربعة أقسام:

١- عبارة نص . ٢- إشارة نص ٣- دلالة نص ٤- اقتضاء نص[2]

---

(١) ينظر: نهاية السول ـــ ج١ ص ٣٠٥.

(٢) ينظر: تسهيل الوصول للمحلاوى ـــ ص٩٠ .

وجه الحصر:

قال الإمام صدر الشريعة فى وجه انحصار الدلالة فى هذه الأقسام الأربعة:

التقسيم الرابع: فى كيفية دلالة اللفظ على المعنى، فهى على الموضوع له أو جزئه أو لازمه عبارة إن سيق الكلام له، وإشارة إن لم يسق الكلام له، وعلى لازمه المحتاج إليه اقتضاء، وعلى الحكم فى شئ يوجد فيه معنى يفهم لغة أن الحكم فى المنطوق لأجله دلالة(١).

وقال الإمام سعد الدين التفتازانى فيه :-

التقسيم الرابع: فى كيفية دلالة اللفظ على المعنى، وقد حصروها فى عبارة النص وإشارته ودلالته واقتضائه، ووجه ضبطه على ما ذكره القوم: أن الحكم المستفاد من النظم إما أن يكون ثابتا بنفس النظم أو لا، والأول إن كان النظم مسوقا لهو فهو العبارة وإلا فهو الإشارة، والثانى: إن كان الحكم مفهوما منه لغة فهى الدلالة أو شرعا فهو الاقتضاء وإلا فهو التمسكات الفاسدة(٢).

وباستقراء ما ورد عن العلماء نرى فى وجهة الحصر: أن المعنى الذى يدل عليه النظم إما أن يكون عين الموضوع له أو جزؤه

---

(١) ينظر: التوضيح لمتن التنقيح ــ ج١ ص١٢٩.

(٢) ينظر: التلويح على التوضيح ــ ج١ ص ١٢٩ ، ١٣٠ــ حاشية الفنرى على التلويح ــ ج٢ ص١ فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت ــ ج١ ص ٤٠٧، حاشية نسمات الأسحار ص ١٤٣.

أو لازمه المتأخر أو لا يكون كذلك، والأول إما أن يكون سوق الكـــلام له فيسمى دلالته عليه عبارة أو لا فإشارة، والثانى فإن كـــان المعنـــى لازما متقدما للموضوع له فالدلالة اقتضاء، وإلا فإن كان يوجد فى ذلك المعنى علة يفهم كل من يعرف اللغة أى وضع ذلك اللفـــظ لمعنـــاه أن الحكم فى المنطوق لأجلها فدلالة نص، وإلا فـــلا دلالـــة لـــه أصـــلا، والتمسك بمثله فاسد فالأقسام المذكورة صفة للدلالة، ويحصل باعتبارها تقسيم النظم؛ لأنه إما أن يدل بطريق العبارة أو الإشارة أو الاقتضاء أو الدلالة.

الفصل الأول

فى تعريف عبارة النص وما ثبت بها من أحكام وحكمها

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: تعريفها

المبحث الثانى: ما ثبت من أحكام بعبارة النص.

المبحث الثالث: حكم عبارة النص.

الفصل الأول

دلالة عبارة النص [1]

الكلام فيها يشتمل على ثلاثة مباحث:

المبحث الأول

تعريفها:

قد عرفها الإمام البزدوى بأنها: ما سيق الكلام لـــه وأريـــد بـــه قصدا، وعليه يكون الإمام البزدوى اشتراط فى هذه الدلالـــة شـــرطين أساسيين وهما:

سوق الكلام لأجله، وكونه مقصودا قصدا أصليا [2].

---

(١) ليس المراد بكلمة نص فى هذا الموضوع هو ما يعنيه الأصوليون فى تعريف النص الـــذى هو فى مقابلة الظاهر، والذى قالوا فى تعريفه أنه عبارة عن دلالة اللفظ على المعنى دلالة لا يحتمل غيرها، بل المراد بالنص هنا إنما هو اللفظ الذى يفهم منه سواء كان هذا اللفـــظ دالا على المعنى بطريق الحقيقة أو بطريق المجاز، وهو بذلك يشمل الظاهر والخفى والخـــاص والعام والصريح والكناية، فيكون إثبات الحكم بهذه الألفاظ استدلالا بعبارة النص وإنما أطلق النص على ما كان من الكتاب والسنة اعتبارا للغائب، فإن غالب ما ورد منهما نص وهـــذا هو المراد هنا لا النص الذى ازداد وضوحا على الظاهر ـ ينظر: شـــرح المنـــار ج١ ص ٥٢٠.

(٢) ينظر: كشف الأسرار ـــج١ ص٢١٠.

وعرفها الإمام السرخسي بأنها:

ما كان السياق لأجله ويعلم قبل التأمل أن ظاهر النص متناول منه[١].

وعرفها صدر الشريعة: بأنها دلالة اللفظ على المعنى المسوق له سواء كان ذلك المعنى عين الموضوع له أو جزأه أو لازمه المتأخر[٢].

فقال صاحب شرح المنار: إن في كلمة الاستدلال بعبارة النص فيه تسامح؛ لأن الاستدلال صفة المستدل، وليس من أقسام الكتاب لكن لما لم تفد الأقسام بدونه عده منها[٣].

ونستطيع على ضوء ما تقدم أن نقول: إن الاستدلال بعبارة النص معناه العمل بظاهر ما سيق الكلام له، والمراد من العمل عمل المجتهد لا عمل الجوارح، كما إذا قيل الزكاة واجبة لقوله تعالى ﴿وآتوا الزكاة ﴾، والزنا حرام لقوله تعالى : ﴿ ولا تقربوا الزنا ﴾ [٤]، فهذا وأمثاله هو العمل بظاهر النص، وهو عين الاستدلال بعبارته[٥]، وعلى هذا يكون تعريف دلالة النص من وجهة نظرنا هو:

---

(١) ينظر: أصول السرخسي ـ ج١ ص ٢٣٦.

(٢) ينظر: التوضيح لمتن التنقيح ـ ج١ ص ١٣٠.

(٣) ينظر: شرح المنار ـ ج١ ص ٥٢٠.

(٤) سورة الإسراء من الآية: [٣٢].

(٥) ينظر: كشف الأسرار ـ ج١ص ٣٧٤.

دلالة اللفظ على ما كان الكلام مســـوقا لـــه أصالـــة أو تبعـــا، والمقصود أصالة هو الغرض الأول من الكلام، والمقصود تبعا غرض ثان يدل عليه اللفظ، ويمكن تحقق الغرض بدونه.

ما الفرق بين الاستدلال بعبارة النص والنص؟

الاستدلال بعبارة النص من قبيل المعنى؛ لأن العبارة وإن كـــانت نظما إلا أن نظر المستدل إلى المعنى دون النظم، إذ الحكم إنما يثبـــت بالمعنى دون النظم نفسه، إلا أن المعنى لما كان مفـــهوما مـــن النظـــم سمى الاستدلال به استدلالا بالعبارة، وهو فى الحقيقة استدلال بـــالمعنى الثابت بالعبارة، فيصلح أن يكون من أقسام المعنى بهذا الطريق[1].

المبحث الثانى

ما ثبت من أحكام بعبارة النص

نذكر هنا بعض الأحكام الثابتة بهذه الدلالة والتى منها ما يأتى :

١- قوله تعالى : ﴿ وأحل الله البيع وحرم الربا ﴾[2] فإنه يدل بلفظـــه وعبارته على حكمين :

(١) ينظر: شرح المنار ـــ ص ٥٨.

(٢) سورة البقرة من الآية : [٢٧٥].

أحدهما:

التفرقة بين البيع والربا، وأن البيع لا يماثل الربا، فالبيع حلال والربا حرام، وهذا الحكم هو المقصود أول وبالذات من سوق الآية؛ لأن الآية نزلت للرد على الذين قالوا : ﴿ إنما البيع مثل الربا ﴾ .

وثانيهما:

حل البيع وتحريم الربا، وهذا الحكم مقصود تبعا، ليتوصل به إلى إفادة الحكم المقصود أصالة، فإن اختلاف حكم البيع وحكم الربا موصل إلى نفى المماثلة بين البيع والربا، فدلالة هذا النص على كل من هذين الحكمين من قبيل دلالة العبارة [1].

٢- قوله تعالى : ﴿ وإن خفتم ألا تقسطوا فى اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم ﴾ [2] فهذه الآية تدل بلفظها وعبارتها على حكمين :

أحدهما: ما سيقت له أصلا، وهو إباحة الزواج بأكثر من واحدة إلى أربع بشرط عدم الخوف من الجور وظلم الزوجات، ووجوب الاقتصار على الواحدة إذا خاف الزوج عدم العدل عند التعدد، والدليل على أن هذه هو الذى سيقت له الآية ما ورد أنها جاءت فى شأن الأوصياء، والذين كانوا يتحرجون من الوصايا على اليتامى خوفا من الوقوع فى

---

(١) ينظر: كشف الأسرار على أصول البزدوى جـ١ ص٤٧.

(٢) سورة النساء من الآية: [٣].

ظلمهم، وأكل أموالهم مع أنهم كانوا لا يتحرجون من ظلـــم الزوجـــات حيث كان الواحد منهم يجمع فى عصمته ما شاء منهن من غير حصـــر، ولا يعدل بينهن، فقال لهم المولى ﷻ إن خفتم الوقـــوع فـــى اليتـــامى فتحرجتم من الولاية عليهم فخافوا أيضا الوقوع فى ظلم النساء، والميـــل إلى بعض الزوجات دون بعض.

وثانيهما: ما سيقت له تبعا، وهو إباحة الزواج الدال عليه قوله تعـــالى: ﴿ فانكحوا ﴾ فهذا الحكم ليس مقصودا قصدا أصليا من سياق الآية وإنمـــا ذكر بالتبع ليتوصل به إلى المقصود الأصلى[1].

٣- قوله تعالى : ﴿ فاجتنبوا الرجـــس مـــن الأوثـــان واجتنبـــوا قـــول الزور﴾[2]، فإن الآية بلفظها وعبارتها تدل على حكمين :

أحدهما: حرمة شهادة الزور، وهو المقصود الأصلى من عبارة النـــص؛ لأن الآية سيقت أصلا لبيان هذا الحكم.

وثانيهما: حرمة عقاب شاهد الزور من قبل الحاكم، وهذا الحكم مقصود بالتبع ليتوصل به إلى المقصود الأصلى من سوق الآية.

---

(١) ينظر: كشف الأسرار ـــج١ ص ٣٧٥، أصول السرخسى ـــج١ص٢٣٦.

(٢) سورة الحج من الآية: [٣٠].

المبحث الثالث

حكم دلالة العبارة

هذه الدلالة يثبت بها الحكم المستفاد منها قطعا إلا إذا وجد ما يصرفها عن القطع إلى الظن كالتخصيص والتأويل، فإن كانت من قبيل العام وخص منه البعض، فإنها لا تفيد القطع، وإنما تكون دلالتها على الأحكام المستفادة منها بعد التخصيص دلالة ظنية، فمثلا حل البيع الثابت بالآية الأولى عام؛ لأنه شامل للبيوع الربوية والبيوع الشرعية، فتكون البيوع الربوية داخلة فى الحل إلا أنه ورد على هذا العموم ما يخصصه، وهو ما أثبت الشارع حرمته من البيوع بدليل مستقل[1].

---

(١) ينظر: كشف الأسرار ج ١ ص ٤٨ ، أصول السرخسى ج ١ ص ٢٣٧.

الفصل الثاني

فى تعريف دلالة الإشارة والفرق بينها وبين العبارة وما ثبت بها من أحكام وأقسامها وحكمها

وفيه خمسة مباحث:

المبحث الأول: تعريف دلالة الإشارة

المبحث الثانى: الفرق بين الاستدلال بالعبارة والإشارة.

المبحث الثالث: ما ثبت من أحكام بإشارة النص.

المبحث الرابع: أقسام دلالة الإشارة.

المبحث الخامس: حكم دلالة الإشارة.

الفصل الثانى

دلالة الإشارة

المبحث الأول

تعريفها:

أولا: فى اللغة: الإشارة فى اللغة : الدلالة على المحسوس المشاهد باليد أو غيرها[1].

ثانيا: فى الاصطلاح:- اختلفت عبارة العلماء فى تعريف دلالة الإشارة فى الاصطلاح.

فعرفها الإمام البخارى: بأنها دلالة اللفظ على معنى غير مقصود من سياق الكلام لا أصالة ولا تبعا، ولكنه من لوازم المعنى المقصود ويحتاج فى إدراكه إلى شئ من التأمل.

وعرفها الإمام السرخسى: بأنها ما لم يكن السياق لأجله لكنه يعلم بالتأمل فى معنى اللفظ، من غير زيادة فيه ولا نقصان، وبه تتم البلاغة ويظهر الاعجاز[2].

وعرفها ابن أمير الحاج بأنها: دلالة اللفظ على ما لم يقصد به (أى باللفظ) أصلا[1].

(1) ينظر: التقرير والتحبير ـ ج1 ص107، وكشف الأسرار على أصول البزدوى ـج1ص 47، مختار الصحاح ص19.

(2) ينظر: أصول السرخسى ـ ج1 ص 236.

وعرفها الكمال بن الهمام: بأنها دلالة اللفظ على ما لم يقصد به أصلا (أى لا أصالة ولا تبعا)[٢].

وعرفها صدر الشريعة بأنها: دلالة اللفظ على معنى لم يكن مسوقا له سواء كان ذلك المعنى عين الموضوع له أو جزأه أو لازمه[٣].

وعرفها الإمام النسفى فقال: وأما الاستدلال بإشارة النص: فهو العمل بما ثبت بنظمه لغة لكنه غير مقصود ولا سيق له النص، وليس بظاهر من كل وجه[٤].

وباستقراء ما ورد عن العلماء فى تعريف دلالة الإشارة يتبين لنا:

أولا: أن جمهور الأصوليين من الحنفية وإن اختلفت عبارتهم من ناحية اللفظ إلا أنها متحدة من ناحية المعنى وعلى هذا يكون التعريف المختار عند الجمهور هو المعرف لها بأنها: دلالة اللفظ على معنى غير مقصود من سياق الكلام لا أصالة ولا تبعا، لكنه لازم للمعنى المقصود منه لزوما عقليا أو عاديا.

---

(١) ينظر: التقرير والتحبير – ج١ ص ١٠٧.

(٢) ينظر : تيسير التحرير – ج١ ص ٨٧.

(٣) ينظر: التوضيح لمتن التنقيح – ج١ ص ١٣٠.

(٤) ينظر : كشف الأسرار للنسفى –ج١ ص ٣٧٥.

ثانيا: أن صدر الشريعة وبعض المتأخرين من العلماء خالفوا الجمهور في ذلك حيث ذهبوا إلى أن المعنى المفهوم بطريق الإشارة مقصود للمتكلم، ولكنه ليس مقصودا له بطريق الأصالة بل بطريق التبع.

ودليلهم على ذلك: أن ما لا يكون مقصودا للمتكلم أصلا لا يصح الاعتداد به، ودلالة الإشارة يثبت بها كثير من الأحكام الشرعية ولا يتصور أن يثبت الحكم بشئ لا يقصد الشارع منه ذلك الحكم، وهذا ما نميل إليه[1].

وجه تسمية الإشارة بهذا الاسم:

قال الإمام النسفي: في وجه تسمية الإشارة بهذا الاسم: أنه لما لم يكن النص مسوقا له لم يكن ظاهرا من كل وجه بل فيه نوع خفاء ولا يدرك صريحا بل إشارة ونظيره في المحسوسات: أن من نظر إلى شئ يقابله فرآه ورأى مع ذلك غيره يمنة ويسرة بأطراف عينيه من غير قصد، مما يقابله فهو المقصود بالنظر وما وقع عليه أطراف بصره فهو مرئي بطريق الإشارة تبعا لا قصدا[2].

وقال صاحب التقرير والتحبير : سميت دلالة الإشارة بذلك؛ لأن السامع لا قباله على ما سيق له الكلام كأنه غفل عما في ضمنه فهو يشير إليه، وقالوا: ونظير العبارة والإشارة من المحسوس أن ينظر إنسان

---

(١) ينظر: التوضيح لمتن التنقيح ــ ج١ ص ١٣١، حاشية نسمات الأسحار ــ ص ١٤٤.

(٢) ينظر : كشف الأسرار للنسفي ــ ج١ ص ٣٧٥.

إلى مقبل عليه فيذكره ويدرك غيره بلحظة يمنه ويسره، فإدراكه المقبل كالعبارة وغيره كالإشارة[1].

المبحث الثاني

الفرق بين الاستدلال بالعبارة والإشارة .

تتفق العبارة مع الإشارة فى أن كلا منهما يجب أن يكون ثابتا باللفظ سواء دل اللفظ على عين الموضوع له أو جزئه أو لازمه المتأخر كما وضحنا ذلك سابقا ولكن تختلف العبارة عن الإشارة فى أن المعنى الذى دل عليه اللفظ إن كان الكلام مسوقا له فهو الاستدلال بالعبارة، وإن لم يكن الكلام مسوقا له فهو الاستدلال بالإشارة، وقد وضح ذلك الإمام التفتازانى فقال: إن عبارة النص دلالته على المعنى المسوق له سواء كان ذلك المعنى عين الموضوع له أو جزؤه أو لازمه المتأخر، وإشارة النص دلالته على أحد هذه الثلاثة إن لم يكن مسوقا، وإنما قلنا ذلك لأن الحكم الثابت بالعبارة فى اصطلاح الأصوليين يجب أن يكون ثابتا بالنظم ويكون سوق الكلام له، والحكم الثابت بالإشارة يجب أن يكون ثابتا بالنظم ولا يكون سوق الكلام له.

قال صاحب التقرير والتحبير: فى الفرق بينهما كذلك إن الوقوف على المعنى الإشارى يحتاج إلى تأمل؛ لأنهم ــ أى العلماء ــ مطبقون

---

(١) ينظر : التقرير والتحبير ــ ج١ ص ١٠٧.

على أنها لا تفهم من الكلام أول ما يقرع السمع حتى قبل الإشارة من العبارة كالكتابة من الصريح[1].

كما ذكر الفرق بين الظاهر وإشارة النص فقال: والظاهر والإشارة وإن استويا من حيث إن الكلام لم يسق لهما إلا أنهما قد افترقا من حيث إن الظاهر يعرفه السامع أول وهلة من غير تأمل فيه، والإشارة لا تعرف إلا بنوع تأمل واستدلال من غير أن يزاد على الكلام أو ينقص منه.

وقال الدبوسى : فى وصف الدال بالإشارة: وبمثله يظهر حد البلاغة ويظهر الإعجاز[2].

وباستقراء ما ورد عن علماء الأصول فى الفرق بين دلالة العبارة ودلالة الإشارة نستطيع أن نقول: إن إشارات النصوص هى معان التزامية منطقية وفى إدراكها تتفاوت العقول والأفهام وأهل الخبرة فى فهم الألفاظ الشرعية هم المختصون باستخراج تلك المعانى الالتزامية، فعبارات النصوص يفهمها الفقيه وغير الفقيه، أما إشارات النصوص فإنه لا يفهمها إلا الفقيه فقط[3].

---

(١) ينظر: التقرير والتحبير ــ ج١ ص ١٠٧، التلويح على التوضيح ــ ج١ ص ١٣٠.

(٢) ينظر: تقويم الأدلة لأبى زيد الدبوسى ــ ص ٢٠٥.

(٣) ينظر / كشف الأسرار على أصول البزدوى ــ ج٢ ص ٢٣٤، وأصول الشاش ــ ص ٣٣.

المبحث الثالث

أمثلة لما ثبت من أحكام بطريق دلالة الإشارة

ذكر الأصوليون للاستدلال بإشارة النص أمثلة كثيرة منها:

١- قوله تعالى :﴿ يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه وليكتب بينكم كاتب بالعدل ولا يأب كاتب أن يكتب كما علمه الله فليكتب وليملل الذى عليه الحق وليتق الله ربه ولا يبخس منه شيئا ﴾ (١).

فإن هذا النص دل بعبارته:

على أن المكتوب يجب أن يكون صحيحا ومطابقا لإرادة المملى؛ لأن وصف الكتابة بالعدل يفهم منه بصريح اللفظ هذا، وهذا الحكم هو المقصود من سياق الكلام.

ودل بإشارته على أن هذا المكتوب يكون حجة على من أملاه بحيث لا يستطيع أن ينكر ما اشتمل عليه ما دام أنه غير مزور؛ لأن هذا الحكم من لوازم المعنى الأول، وهذا الحكم ليس مقصودا من سوق الكلام.

٢- قوله تعالى : ﴿ ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى فلله وللرسول ولذى القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل كى لا يكون

---

(١) سورة البقرة من الآية : [٢٨٢].

دولة بين الأغنياء منكم وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا واتقوا الله إن الله شديد العقاب(*) للفقراء المهاجرين الذين أخرجوا من ديارهم وأموالهم يبتغون فضلا من الله ورضوانا وينصرون الله ورسوله أولئك هم الصادقون ﴾ [1].

فالآيتان دلتا بعبارتهما على استحقاق الفقراء المهاجرين نصيبا من الفئ لأن الآية سيقت لبيان هذا الحكم، ودلت بإشارتها على أن الذين هاجروا من مكة إلى المدينة قد زالت أملاكهم عما خلفوا بمكة لاستيلاء الكفار عليها؛ لأن الله سماهم الفقراء والفقير حقيقةـ عند الأحناف ـ من لا يملك المال، لأن من بعدت يده عن المال، فهؤلاء كانوا أصحاب ديار وأموال بمكة، كما دلت بطريق الإشارة أيضا على ثبوت الملك فى هذه الأموال لمن استولوا عليها لئلا يؤول الملك لا إلى مالك[2].

٣- قوله تعالى : ﴿ وأمرهم شورى بينهم ﴾ [3].

فإن هذا النص قد أفاد بطريق العبارة أن الحكم فى الإسلام يقوم على الشورى بين جماعة المسلمين .

---

(١) سورة الحشر: آية : [٧،٨].

(٢) ينظر: أصول السرخسى ــ ج١ ص ٢٣٦، التقرير والحبير ــ ج١ ص ١٠٨، كشف الأسرار للنسفى ــ ج١ ص ٣٧٧، فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت ــ ج١ ص ٤٠٧.

(٣) سورة الشورى من الآية : [٣٨].

ويفيد بدلالة الإشارة على وجوب تخير الأمة لجماعة تراقب الحاكم وتشاركه فى سن أنظمة الحكم؛ لأن هذا الحكم من لوازم الحكم الثابت بطريق العبارة [١].

٤- قوله تعالى: ﴿وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف﴾[٢].

فإن هذه الآية دلت بعبارتها على أن نفقة الوالدات المرضعات وكسوتهن واجبة على الوالد الذى عبر عنه المولى بقوله " المولود له"، وهذا الحكم هو المقصود قصدا أصليا من سياق الآية، ودلت بإشارتها على عدة أحكام منها.

١- أن الولد ينسب إلى الأب؛ لأن المولى أضاف الولد إليه بحرف اللام فيكون دالا على أنه المختص بالنسبة إليه، ولما كان الولد لا يختص بالوالد من حيث الملك بالإجماع، فيكون مختصا به من حيث النسب، وهذا النسب لازم للمعنى الذى وضع له لفظ اللام.

قال الرهاوى فى حاشيته ما نصه:

أحقية الوالد بالولد إما ملكا أو نسبا، والأول منتف بالإجماع، فتعين الثانى على وجه يترتب عليه فوائد زيادة على ما يترتب عليه

---

(١) ينظر: أصول الفقه للشيخ أبى زهرة ـــ ص ١٤١.

(٢) سورة البقرة من الآية : [٢٣٣].

مثلها بالنسبة إلى الأم كالإمامة الكبرى والكفاءة، واعتبار مهر المثل وغيرها من الأمور التى ينفرد بها الأب[1].

٢- أن نفقة الولد على أبيه لا يشاركه أحد فيها؛ لأنه لما لم يشاركه أحد فى النسب، فلا يشاركه أحد فى حكمه وهو الإنفاق؛ لأن من له غنم النسب يكون عليه غرم الإنفاق إذ الغرم بالغنم، وهذا الحكم لازم لما دل عليه النص بطريق العبارة لزوما ظاهرا[2] .

ما يترتب على هذه الآية من فروع بمقتضى ما ثبت بها من أحكام بطريق دلالة العبارة والإشارة.

قال الإمام السرخسى: فى بيان الفروع المترتب على هذا: أن للأب تأويلا فى تفسير الولد وماله، فإن الإضافة بحرف اللام دليل الملك كما يضاف العبد إلى سيده: فيقال هذا العبد لفلان، وإلى هذا أشار الرسول ﷺ بقوله " أنت ومالك لأبيك"[3]، ولثبوت التأويل له فى نفسه وماله قلنا: لا يستوجب العقوبة بإتلاف نفسه ولا يحد بوطء جاريته وإن علم حرمتها عليه.

---

(٣) ينظر حاشية الرهاوى على المنار ـــ ص ٥٢٣.

(٢) ينظر: كشف الأسرار للنسفى ـــ ج١ ص ٣٧٦، أصول السرخسى ـــ ج١ ص ٢٣٧.

(٣) رواه ابن ماجه: ينظر سنن ابن ماجه، كتاب التجارات، حديث رقم ٢٢٨٢، الإمام أحمد ينظر: مسند الإمام أحمد ـــ حديث رقم ٦٦٠٨.

_ أن الأب لا يشاركه فى النفقة على الولد غيره؛ لأنه هو المختص بالإضافة إليه، والنفقة تتبنى على هذا الإضافة كما وقعت الإشارة إليه فى الآية .

- إن استئجار الأم للإرضاع حال قيام النكاح بينهما لا يجوز؛ لأنه جعل النفقة لها عليه باعتبار عمل الإرضاع بقوله تعالى : ﴿ والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين ﴾ [1] فلا يستوجب بدلين باعتبار واحد.

- أن ما يستحق بالإرضاع من النفقة والكسوة لا يشترط فيه إعلام الجنس والقدر وإنما يعتبر فيه المعروف، فيكون دليلا لأبى حنيفة ــ رحمه الله ــ فى جواز استئجار الظئر بطعامها وكسوتها[2].

وقال ابن أمير الحاج:

ثبت أحكام من انفراده بنفقته والإمامة والكفاءة وعدمها، أى فظهر أثر هذا الاختصاص فى انفراد الوالد بوجوب نفقة الولد عليه كالعبد لما كان مختصا بالمولى لا يشاركه أحد فى نفقته، وفى تعديه أحكام شرعت للأب مع عودتها إليه إذا كان على ما عليه الأب من الصفات المشروطة لتلك الأحكام حتى لو كان الأب أهلا للإمامة الكبرى وكفء للقرشية لاستجماعه شرائطها التى منها

---

(١) سورة البقرة من الآية: [٢٣٣].

(٢) ينظر: أصول السرخسى ــ ج١ ص ٢٣٧.

كونه قرشيا تعدى إلى الإبن كونه كذلك إذا توافـرت فيـه بقيـة شرائطها، ولو كان الأب غير أهل وكفء لهما لكونه جاهلا غـير قرشى كان الابن كذلك، ما لم يخرجه الدليل ــ أى إلا ما أخرجـه الدليل من الأحكام التى هى مقتضى اختصاصـه بالنسـب عنـها كالحرية والرق، فإن الابن يتبع الأم فيهما، وإن اتصف الأب بضد ما الأم عليه منهما[1].

المبحث الرابع

أقسام دلالة الإشارة

قال ابن عبد الشكور: ومنها الإشارة وهى دلالـة التزاميـة لا تقصـد أصلا، والأذهان متفاوتة فى فهمها، لكونها بعلاقـة اللزوم، وهو قد يكون جليا فدلالته جلية، وقد يكـون خفيا فدلالته خفية[2].

وقال الإمام السرخسى: فمنه ــ أى من الثابت بالإشارة ــ مـا يكـون موجبا للعلم قطعا بمنزلة الثابت بالعبارة، ومنه ما لا يكون موجبا للعلم وذلك عند اشتراك معنى الحقيقـة والمجاز فى الاحتمال مرادا بالكلام[3].

---

(١) ينظر: التقرير والتحبير ــ ج١ ص ١٠٧ ، ١٠٨.

(٢) ينظر: فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت ــ ج١ ص ٤٠٧.

(٣) ينظر: أصول السرخسى ــ ج١ ص ٢٣٧.

وقال **الكمال بن الهمام**: وقد يتأمل، أى يقع التأمل فى استخراج المعنى الإشارى من اللفظ، قال صاحب الكشاف: فكما أن إدراك ما ليس بمقصود بالنص مع المقصود به من قوة الإبصار، فإن فهم ما ليس بمقصود من الكلام فى ضمن المقصود به من قوة الذكاء[1].

وقال ابن أمير الحاج : وقد يتأمل أى يحتاج فى الوقوف على المعنى الإشارى إلى تأمل .. .. فإنها لا تفهم من الكلام أول ما يقرع السمع حتى قيل الإشارة من العبارة كالكناية من الصريح، والظاهر والإشارة وإن استويا من حيث الكلام لم يسق لهما قد افترقا من حيث إن الظاهر يعرفه السامع أول وهلة من غير تأمل فيه، والإشارة لا تعرف إلا بنوع تأمل واستدلال من غير أن تزاد على الكلام أو ينقص منه، ثم إن كان الغموض يزول بأدنى تأمل فهى إشارة ظاهرة، وإن كان محتاجا إلى زيادة تأمل فهى إشارة غامضة[2].

وعلى ضوء ما ورد عن العلماء نستطيع أن نقول : إن دلالة الإشارة أنواع، وذلك لأنه قد تكون دلالة الإشارة ظاهرة يمكن فهمها

---

(١) ينظر: تيسر التحرير ــ ج١ ص ٨٧.

(٢) ينظر: التقرير والتحبير ــ ج١ ص ١٠٧.

بأدنى تأمل، وقد تكون خفية يحتاج فهمها إلى دقة نظر وزيادة بصيرة وتأمل، ولهذا كانت محل اختلاف كبير بين المجتهدين لاختلافهم في التأمل فقد يفطن بعضهم لما لا يفطن له غيره، فيأخذ من العبارة الواحدة الكثير من الأحكام، وعليه فإن أقسام دلالة الإشارة كالآتى:

(١) ما تكون دلالة الإشارة فيه ظاهرة :

ومثاله قوله تعالى : ﴿ أحل لكم ليلة الصيام الرفث إلى نسائكم هن لباس لكم وأنتم لباس لهن علم الله أنكم كنتم تختانون أنفسكم فتاب عليكم وعفا عنكم فالآن باشروهن وابتغوا ما كتب الله لكم وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الأبيض من الخيط الأسود من الفجر ﴾ [١]، فهذا النص يدل بعبارته على إباحة الاتصال بالزوجة اتصالا جنسيا في أى لحظة من لحظات ليالى الصيام إلى طلوع الفجر، وهو المقصود الأول بالسياق، ويدل بإشارته على صحة الصوم مع الجنابة حيث يلزم من جواز إباحة الوقاع إلى آخر لحظة من الليل أن يطلع الفجر قبل التمكن من الاغتسال، وهذا اللزوم لزوما ظاهرا وواضحا[٢].

ويدل أيضا بإشارته على صحة نية الصوم بعد طلوع الفجر، وذلك يكون بالنية والإمساك، وبه عرفنا صحة النية بعد طلوع الفجر،

(١) سورة البقرة من الآية: [١٨٧].

(٢) ينظر: فواتح الرحمت بسرح مسلم الثبوت ـ ج١ ص ٤٠٧، ٤٠٨، كشف الأسرار للنسفى ـ ج١ ص ٣٢٧.

وأن جواز التقديم للتخفيف، إذ لا معنى لاشتراط نية الأداء فى غير وقت الأداء[1].

ومن أمثلة دلالة الإشارة الظاهرة أيضا قوله تعالى : ﴿ لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ﴾ [2]، فهذا النص يدل بعبارته على جواز الطلاق قبل الدخول، وقبل فرض المهر، وهذا المعنى هو المقصود الأصلى من سياق النص. ويدل بإشارته على صحة عقد النكاح من غير تسمية مهر؛ لأن الطلاق لا يكون إلا بعد عقد صحيح، وهذا اللزوم لزوم ظاهر وواضح[3].

٢- ما تكون دلالة الإشارة فيه خفية بحيث يحتاج إدراكها إلى دقة فهم وزيادة تأمل:

ومثاله قوله تعالى :﴿ ووصينا الإنسان بوالديه إحسانا حملته أمه كرها ووضعته كرها وحمله وفصاله ثلاثون شهرا ﴾ [4]، وقوله تعالى : ﴿ ووصينا الإنسان بوالديه حملته أمه وهنا على وهن وحمله وفصاله فى عامين ﴾[5].

---

(١) ينظر: التوضيح على التنقيح ــ ج١ ص ٢٤٣، أصول السرخسى ج١ ص٢٣٧.

(٢) سورة البقرة من الآية : [٢٣٦].

(٣) ينظر : تفسير النصوص ــ أ.د/ محمد مدكور سلام ــ ص ٨٠.

(٤) سورة الأحقاف من الآية : [١٥].

(٥) سورة لقمان من الآية : [١٤].

فهاتان الآيتان دلت كل منهما بطريق العبارة على إظهار فضل الوالدين خصوصا الوالدة لأنها تقاسى من آلام الحمل والوضع ما تقاسيه، وهذا الحكم هو الذى سيقت له الآيتان سوقا أصليا. ودلتا بطريق الإشارة على أن أقل مدة للحمل ستة أشهر؛ لأن الآية الأولى قدرت مدة الفصال بحولين، فيلزم من ذلك أن الباقى من الثلاثين شهرا، وهو ستة أشهر أقل مدة للحمل، وقد خفى فهم ذلك على أكثر الصحابة ـ رضى الله عنهم ـ واختص بفهمه عبد الله بن عباس أو على بن أبى طالب على حسب اختلاف الرواية فى ذلك، ولما أظهره لهم قبلوه منه واستحسنوا قوله.

قال الإمام البزدوى : روى أن امرأة ولدت لستة أشهر من وقت الزواج فرفع زوجها ذلك إلى عمر، وفى رواية إلى عثمان ﷺ فهم برجمها فقال على أو عبد الله بن عباس: أما إنها لو خاصمتكم كتاب الله لخصمتكم أى غلبتكم فى الخصومة، قال الله تعالى : ﴿ وحمله وفصاله ثلاثون شهرا ﴾ ، وقال تعالى : ﴿ وفصاله فى عامين ﴾ فإذا ذهب للفصال عامان لم يبق للحمل إلا ستة أشهر فأخذ عمر بقوله وأثنى عليه، ودرأ عنها الحد[1].

---

(١) ينظر: كشف الأسرار على أصول البزدوى ـ ج١ ص ٧٢، أصول السرخسى ـ ج١ ص ٢٣٧.

المبحث الخامس

حكم دلالة الإشارة

هذه الدلالة تثبت بها الأحكام المستفادة منها قطعا إلا إذا وجد ما يصرفها عن القطع إلى الظن كالتخصيص والتأويل فإذا كان الحكم الثابت بالإشارة عاماً فإنه يقبل التخصيص، وهذا عند جمهور الأحناف.

هذا وقد ذكر صاحب الكشف تفريعاً عن ذلك هو أن الإمام الشافعي ذهب إلى عدم جواز الصلاة على الشهيد عملاً بما دلت عليه إشارة النص في قوله تعالى : ﴿ بل أحياء عند ربهم يرزقون ﴾ [1] فالشهيد حي حكماً فلا يصلى عليه هذا حاصل كلامه.

وإن كان يرد عليه أن النبي ﷺ صلى على حمزة ﷺ سبعين صلاة.

لكن يرفع هذا الإيراد بأن حمزة ﷺ ربما كان مخصوصاً بجواز الصلاة عليه من بين سائر الشهداء فهي خصوصية له دونهم أو أنه خص من عموم الإشارة فبقي عدم الجواز فيما عداه على العموم[2]،

---

(١) ينظر: كشف الأسرار على أصول البزدوي ــ ج١ ص ٧٢، أصول السرخسي ــ ج١ ص ٢٣٧.

(٢) ينظر: كشف الأسرار ــ ج٢ ص ٢١٥، والمنطوق والمفهوم وموقف الأصوليين منهما ــ رسالة دكتوراه تحت رقم ٢٤٧ بكلية الشريعة ، ص ٣٠.

وهذا عن بعض العلماء، وذهب البعض الآخر إلى أن الأحكام المستفادة بالإشارة ظنية الثبوت، لهذا لو تعارضت مع دلالة العبارة قدمت عليها وهذا ما سوف نوضحه فيما يأتى :

تعارض دلالة العبارة مع دلالة الإشارة :

إذا تعارض الحكم الثابت بدلالة العبارة مع الحكم الثابت بدلالة الإشارة قدم الحكم الثابت بدلالة العبارة على الحكم الثابت بدلالة الإشارة؛ لأن دلالة العبارة أقوى من دلالة الإشارة؛ لأن العبارة تدل على الحكم المقصود من ورود النص، والإشارة تدل على حكم غير مقصود من ورود النص، وما يكون مقصوداً بالورود أقوى مما لا يكون مقصوداً به.

مثال ذلك: قوله تعالى : ﴿ وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ﴾ [1] فإنه يدل بإشارته على الآتى:

١- أن للأب على مال الولد شبهة ملك وزكاة لقوله ﷺ " أنت ومالك لأبيك " [2].

٢- أن يقدم الأب فى حق الإنفاق من مال الابن على من سواه، ولكن هذا يعارض الحكم الثابت بدلالة العبارة الواردة فى قوله ﷺ وقد سأله بعض أصحابه قائلاً: من أحق الناس بحسن صحابتى يا رسول

---

(١) سورة البقرة من الآية : [٢٣٣].

(٢) سبق تخريجه ص .

الله؟ فقال ﷺ " أمك " قال: ثم من ؟ قال: " أمك" قال: ثم من ؟ قال: " أمك " قال: ثم من ؟ قال : أبوك[1]، فدل هذا النص بعبارته على أن نفقة الأم لا تؤخر في الوجوب عن نفقة الأب، وأنهما على الأقل في مرتبة واحدة، من هنا وقع التعارض فيقدم الحكم الثابت بدلالة العبارة على الحكم الثابت بدلالة الإشارة، وتكون الأم لها الأسبقية في وجوب الإنفاق عليها.

مثال آخر:

قوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى﴾[2]، فإنه يدل بعبارته على وجوب القصاص في القتل العمد، لأن هذا هو المقصود من سوق الآية .

وقوله تعالى : ﴿ ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها وغضب الله عليه ولعنه وأعد له عذابا عظيما ﴾[3]، فإنها تدل بطريق الإشارة على عدم وجوب القصاص في القتل العمد؛ لأن الله جعل جزاءه الخلود في النار واقتصر على ذلك في مقام البيان والاقتصار في مقام البيان يدل على الحصر، وهذا يستلزم أن القتل العمد لا يجب فيه القصاص، وهنا تعارض الحكم الثابت بدلالة العبارة مع الحكم الثابت

---

(١) هذا الحديث متفق عليه، وهو مروى عن أبي هريرة، ينظر: رياض الصالحين من كلام سيد المرسلين ــ ص ١١٧ ــ ط دار الجبل ببيروت.

(٢) سورة البقرة من الآية : [١٧٨].

(٣) سورة النساء آية : [٩٣].

بدلالة الإشارة، فيقدم الحكم الثابت بالعبارة على الثابت بالإشارة، ويكـــون الحكم هو وجوب القصاص فى القتل العمد [1].

(١) ينظر: تيسير التحرير ـــ ج٣ ص ٨٧.

الفصل الثالث

فى تعريف دلالة النص والفرق بينها وبين القياس وما ثبت بها من أحكام وأقسامها وحكمها، وتعارضها مع الإشارة والفروع المخرجة على دلالة النص

وفيه سبعة مباحث:

المبحث الأول: تعريف دلالة النص.

المبحث الثانى: الفرق بين دلالة النص والقياس.

المبحث الثالث: ما ثبت من أحكام بدلالة النص.

المبحث الرابع: أقسام دلالة النص.

المبحث الخامس: حكم دلالة النص.

المبحث السادس: تعارض دلالة النص مع دلالة الإشارة .

المبحث السابع: الفروع الفقهية المخرجة على دلالة النص.

الفصل الثالث

دلالة النص

المبحث الأول

تعريفها:

عرف الأصوليون دلالة النص بتعريفات متعددة:

حيث عرفها الإمام السرخسى بأنها: ما ثبت بمعنى النظم لغة لا استنباطا بالرأى[1].

وعرفها : الإمام النسفى بأنها: ما ثبت بمعنى النص لغة لا اجتهاد[2].

وعرفها الإمام البزدوى بأنها: ما ثبت بمعنى النص لغة لا اجتهاداً ولا استنباطاً[3].

وعرفها ابن أمير الحاج بأنها: دلالة اللفظ على حكم منطوق لمسكوت لفهم مناطه بمجرد فهم اللغة[4].

---

(١) ينظر : أصول السرخسى ـ ج١ ص ١٣١.

(٢) ينظر: كشف الأسرار للنسفى ـ ج١ ص ١٠٩.

(٣) ينظر : كشف الأسرار على أصول البزدوى ـ ج٢ ص ٧٣.

(٤) ينظر: التقرير والتحبير ـ ج٢ ص ١٠٩

وعرفها صدر الشريعة بأنها: دلالة اللفظ على الحكم فى شئ يوجد فيه نص كل من يعرف اللغة أن الحكم فى المنطوق لأجل ذلك المعنى [١].

وعرفها الشيخ الخضرى بأنها: دلالة اللفظ على ثبوت حكم ما ذكر لما سكت عنه لفهم المناط بمجرد فهم اللغة[٢].

وعرفها بعض العلماء بأنها: فهم غير المنطوق بسياق الكلام ومقصوده[٣].

كما عرفها بعضهم أيضاً بأنها: الجمع بين المنصوص وغير المنصوص بالمعنى اللغوى[٤].

وعرفها الإمام سعد الدين التفتازانى بأنها : دلالة اللفظ على الحكم فى شئ يوجد فيه معنى يفهم كل من يعرف اللغة أن الحكم فى المنطوق لأجل ذلك المعنى[٥].

---

(١) ينظر: التوضيح لمتن التنقيح ــ ج١ ص ١٣١.

(٢) ينظر: أصول الفقه للشيخ محمد الخضرى ــ ص ١٢١.

(٣) ينظر: أصول الفقه للشيخ محمد الخضرى ــ ص ١٢١.

(٤) ينظر: حاشية نسمات الأسحار ــ ص ١٤٦.

(٥) ينظر: التلويح على التوضيح ــ ج١ ص ١٣١.

هذا وبعد ذكر ما ورد عن الأصوليين فى تعريف دلالة النـــص، نجد بأن هذه التعريفات وإن اختلفت فى اللفظ إلا أنها متحدة فى المعنى، ولهذا يمكن تعريف دلالة النص بأنها: دلالة الكلام علـــى ثبـــوت حكـــم المنصوص عليه للمسكوت عنه لاشتراكهما فى علة الحكم التـــى تفـــهم بمجرد فهم اللغة من غير احتياج إلى نظر واجتـــهاد، ويســـميها عامـــة الأصوليين فحوى الخطاب؛ لأن فحوى الكلام معناه ولحنه أى مقصـــده، ويسميها بعض أصحاب الشافعى مفهوم الموافقة؛ لأن مدلول اللفظ فـــى محل السكوت موافق لمدلوله فى محل النطق، كما يسميها البعض بدلالة الدلالة؛ نظراً لاستفادة الحكم من معنى النص لا من لفظـــه، ويســـميها آخرون: القياس الجلى.

وجه تسمية هذه الدلالة بدلالة النص:

وجه تسميتها بذلك هو أن الحكم الثابت بها لا يفهم مـــن اللفـــظ وحدة كما فى دلالة العبارة ودلالة الإشارة بل يفهم مـــن أمريـــن همـــا: اللفظ، ومناط الحكم الذى استفيد من اللفظ أى علة الحكم[1].

المبحث الثانى
الفرق بين دلالة النص والقياس

قال الإمام سعد الدين التفتازانى : دلالة النص: هى دلالة اللفـــظ علـــى الحكم فى شئ يوجد فيه معنى يفهم كل مـــن

(١) ينظر: كشف الأسرار على أصول البزدوى ــ ج٢ ص ٢١٩ ــ ٢٢٠.

يعرف اللغة أن الحكم فى المنطوق لأجل ذلك المعنى .. .. فخرج بقيد كل من يعرف اللغة يفهم أن الحكم فى المنطوق لأجل ذلك المعنى، القياس فإن المعنى فى القياس لا يفهمه كل من يعرف اللغة، فإنه لا يفهمه إلا المجتهد[1].

وقال الإمام السرخسى: يشترك فى معرفة دلالة النص كل من له بصر فى معنى الكلام لغة فقيها أو غير فقيه، أما القياس فهو معنى يستنبط بالرأى مما ظهر له أثر فى الشرع ليتعدى به الحكم إلى مالا نص فيه لا استنباط باعتبار معنى النظم لغة، ولهذا اختص العلماء بمعرفة الاستنباط بالرأى[2].

وقال الإمام البزدوى : صح اثبات الحدود والكفارات بدلالات النصوص ولم يجز بالقياس؛ لأنه ثابت بمعنى مستنبط بالرأى نظراً لا لغة حتى اختص بالقياس، واستوى أهل اللغة كلهم فى دلالات الكلام.

---

(١) ينظر: التلويح على التوضيح ــ ج١ ص ١٣١.

(٢) ينظر: أصول السرخسى ــ ج١ ص ٢٤١.

وباستقراء ما ورد عن علماء الأصول نقـــول: بأنـــه ذهـــب جمـــهور الأصوليين إلى أن دلالة النص مغايرة للقياس؛ لأن العلة فى دلالة النص تفهم بمجرد فهم اللغة من غير نظر واجتهاد، أما العلة فى القياس فإنـــها تحتاج إلى نظر واجتهاد.

وذهب البعض إلى أن دلالة النص نوعاً من القياس وتسمى قياس جلى؛ لأن العلة فى المسكوت عنه [الفرع] أولى بالحكم من العلة فـــى المنطوق به [الأصل][1].

تعارض الحكم الثابت بدلالة النص مع الحكم الثابت بالقياس

قال صدر الشريعة:

الثابت بدلالة النص كالثابت بالعبارة .. .. إلا عند التعارض هـــو فوق القياس لأن المعنى فى القياس مدرك رأيا لا لغة بخـــلاف الدلالـــة فيثبت بها ما يندرئ بالشبهات ولا يثبت بالقياس.

وقال الإمام سعد الدين التفتازانى:

قوله" وهو " أى الثابت بدلالة النص فوق الثـــابت بالقيـــاس؛ لأن المعنى الذى يفهم أن الحكم فى المنطوق لأجله يدرك فى القياس بـــالرأى والاجتهاد، وفى دلالة النص باللغة الموضوعة لإفادة المعـــانى بمنزلـــة

(١) ينظر: كشف الأسرار على أصول البزدوى ـــج٢ ص ٢٢٠ ، ٢٢١.

الثابت بالنظم، وفى التعليل إشارة إلـــى أنــه لا يقــدم علــى القيــاس المنصوص العلة، ولا إلى أن دلالة النص مغايرة للقياس الشرعى[1].

(١) ينظر: التوضيح على التلويح ـــج١ ص ١٣٦.

المبحث الثالث

أمثلة ما ثبت من أحكام بدلالة النص

ذكر الأصوليون أمثلة لما ثبت من الأحكام بدلالة النص، ومن الأمثلة ما يأتى :-

١- قوله تعالى : ﴿ فلا تقل لهما أف ﴾[1] فإن النص يدل بعبارته على تحريم قول الولد لوالديه كلمة " أف لكما " وللتأفيف صورة معلومة، ومعنى لأجله ثبتت الحرمة، وهو إيذاء الوالدين وإيلامهما من ناحية أن صورة هذه الكلمة تدل على الضجر والضيق وسوء الأدب، وهذه العلة موجودة فى أمور أخرى أشد إيذاء وإيلاماً كالضرب والشتم والحبس وغيرها، فيتناولها النص الدال على تحريم التأفيف، ويثبت الحكم لها وهو التحريم بطريق دلالة النص[2].

٢- ما روى أن ماعزا زنى وهو محصن فرجم[3] وقد علم أنه ما رجم لأنه ماعز؛ بل لأنه زنى فى حالة الإحصان، فإذا ثبت هذا الحكم فى غيره كان ثابتاً بدلالة النص لا بالقياس.

---

(١) سورة الإسراء من الآية : [٢٣].

(٢) ينظر: كشف الأسرار على أصول البزدوى ـ ج ٣ ص ٢٢٠، اصول السرخسى ـج١ ص ٢٤٢.

(٣) رواه أبو داود ـ ينظر: سنن أبى داود ـ كتاب الحدود ـ حديث رقم ٣٨٨٣، ومسلم ـ ينظر : صحيح مسلم ـ كتاب الحدود ـ حديث رقم ٣٢٠٥، والترمذى ـ ينظر: سنن

٣- ما روى أن أعرابياً واقع زوجته فى نـهار رمضـان، فـأوجب الرسول ﷺ الكفارة عليه باعتبار جنايته لا لكونـه أعرابيـا، فمـن وجدت منه مثل تلك الجناية يكون الحكم فى حقه ثابتاً بدلالة النـص لا بالقياس(١)؛ وهذا لأن المعنى المعلوم بالنص لغة بمنزلـة العلـة المنصوص عليها شرعاً على ما قاله رسول الله ﷺ فى الهرة إنـها ليست بنجسة إنها من الطوافين عليكم والطوافات(٢)، ثم هذا الحكـم يثبت فى الفأرة والحية بهذه العلة بدلالة النص لا بالقياس.

٤- قوله ﷺ للمستحاضة:" إنه دم عرق انفجر فتوضئى لكل صلاة"(٣)، ثم ثبت ذلك الحكم فى سائر الدماء التى تسيل من العـروق فيكـون ثابتاً بدلالة النص لا بالقياس(٤).

الترمذى ـ كتاب الحدود ـ حديث رقم ١٣٤٧، والإمام أحمد ـ ينظر : مسنده حديث رقـم ٢٠٢٢.

(١) ينظر: كشف الأسرار ـ ج ٢ ص ٢٢١.

(٢) رواه النسائى وأبو داود وأحمد ـ ينظر: سنن النسائى ـ كتاب الطهارة ـ حديث رقـم ٦٨، وسنن أبى داود ـ كتاب الطهارة ـ حديث رقم ٧٥ ، ومسند الإمام أحمد ـ حديـث رقـم ٢٢٠٧٤.

(٣) هذا الحديث رواه النسائى (ينظر: سنن النسائى ـ كتاب الطهارة ـ حديـث رقـم ٢٠٦) والبخارى ، وينظر: صحيح البخارى ـ كتاب الحيض ـ حديث رقم ٢١٦، وينظر : صحيح مسلم ـ كتاب الحيض ـ حديث رقم ٥٠٢.

(٤) ينظر: أصول السرخسى ـ ج١ ص ٢٤٢.

المبحث الرابع

أقسام دلالة النص

تنقسم دلالة النص باعتبار علة الحكم إلى قسمين :

الأول: ما قطع فيه بعلية الحكم في المنصوص عليه وبوجودها في المسكوت عنه وهو نوعان:

أ- ما تكون العلة في المسكوت عنه أولى بالحكم من المنصوص عليه ومثاله قوله تعالى : ﴿ فلا تقل لهما أف ﴾ فإن علة التحريم في المسكوت عنه وهو الشتم والضرب والحبس وغيرهما أولى بالحكم من المنصوص عليه وهو التأفيف[1].

ب- ما تكون العلة في المسكوت عنه مساوية في الحكم للمنطوق به وليست بأولى بالحكم منه، مثال قوله تعالى :﴿ إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلما إنما يأكلون في بطونهم نارا وسيصلون سعيراً ﴾ [2] فقد دلت الآية بعبارتها على تحريم أكل أموال اليتامى ظلما بغير حق، ويفهم كل من يعرف اللغة أن علة النهي ما اشتمل عليه هذا الفعل من عدوان على مال اليتيم العاجز عن دفع الظلم، وهذه العلة متحققة في

(١) ينظر: تيسير التحرير – ج١ ص ٩٠.

(٢) سورة النساء من الآية: [١٠].

المسكوت عنه الذى هو فى درجة المنطوق به وهو إحراق مال اليتيم أو إغراقه، فيثبت التحريم لهذا المسكوت عنه بدلالة النص[1].

الثانى: ما لا يقطع فيه بعلية الحكم فى المنصوص عليه، ولهذا كان محالا لبحث واجتهاد الفقهاء مما يترتب عليه اختلافهم فى مسائل فقهية كثيرة.

مثال ذلك : قوله ﷺ " لا قود إلا بالسيف "[2]، فهذا الحديث يحتمل معنيين:

الأول: أن الآلة التى تستعمل فى القود هى السيف فمن قتل إنسانا خنقاً أو تغريقاً أو تحريقاً، فإنه لا يقتص منه بنفس الطريقة وإنما يقتل بالسيف.

الثانى : أنه لا يقتص من القاتل إلا إذا كان قد استعمل السيف، وبناء على المعنى الثانى اختلف العلماء فى علية الحكم، وترتب على ذلك اختلافهم فى حكم القتل بغير السيف، فذهب الصاحبان والأئمة الثلاثة إلى أن العلة فى وجوب القصاص هى الضرب العمد بما لا يطيقه البدن، وبسبب هذا قالوا بوجوب القصاص على من قتل

---

(١) ينظر: كشف الأسرار على أصول البزدوى ــ ج٢ ص ٢٢٥، والتلويح على التوضيح ــ ج١ ص ١٣٤.

(٢) رواه الترمذى وابن ماجة ــ ينظر : سنن الترمذى ــ كتاب الديات ــ حديث رقم ١٣١٤، سنن ابن ماجه ــ كتاب الديات ــ حديث رقم ٢٦٥٧.

بمثقل كالحجر الكبير والهراوة الغليظة بل قالوا : إن الضرب بالمثقل أبلغ من ذلك؛ لأنه يزهق الروح بنفسه أما الجرح فبواسطة السراية.

وذهب أبو حنيفة: إلى أن العلة في وجوب القصاص هو الجرح الناقض للبنية ظاهراً بتخريب البدن وباطنا بإزهاق الروح، أما القتل بالمثقل فإنه ينقض البنية الباطنية فقط، وبسبب هذا لم يوجب القصاص في القتل بالمثقل وما شابهه[1].

ومن الأمثلة أيضاً:

حد اللواطة: حيث قال الإمام أبو يوسف ومحمد ــ رحمهما الله ــ يجب الحد في اللواطة على الفاعل والمفعول به، بدلالة نص الزنا؛ فالزنا اسم لفعل معنوي له غرض وهو قضاء الشهوة على قصد سفح الماء بطريق حرام لا شبهة فيه، وقد وجد هذا كله في اللواطة، فقضاء الشهوة بالمحل المشتهى وذلك بمعنى الحرارة واللين، ألا ترى أن الذين لا يعرفون الشرع لا يفصلون بينهما، والقصد منه السفاح؛ لأن النسل لا تصور له في هذا المحل، والحرمة هنا أبلغ من الحرمة في الفعل الذي يكون في القبل فإنها حرمة لا تنكشف بحال، وإنما يبدل اسم المحل فقط، فيكون الحكم ثابتاً بدلالة النص لا بطريق القياس، وأبو حنيفة ﷺ يقول:

---

(١) ينظر: كشف الأسرار على أصول البزدوي ــ ج٢ ص ٢٢٥، والتلويح على التوضيح ــ ج١ ص١٣٤.

هو قاصر فى المعنى الذى وجب الحد باعتباره، فإن الحد مشروع زجراً وذلك عند دعاء الطبع إليه ودعاء الطبع إلى مباشرة هذا الفعل فى القبل من الجانبين، فأما فى الدبر فإن دعاء الطبع إليه من جانب الفاعل لا من جانب المفعول به، وفى باب العقوبات تعتبر صفة الكمال لما فى النقصان من شبهة العدم، ثم فى الزنا إفساد الفراش وإتلاف الولد حكماً فإن الولد الذى يتخلق من الماء فى ذلك المحل لا يعرف له والد لينفق عليه، وبالنساء عجز عن الاكتساب والإنفاق ولا يوجد هذا المعنى فى الدبر، فإنما فيه مجرد تضييع الماء بالصب فى غير محل منبت، وذلك قد يكون مباحاً بطريق العزل، فعرفنا أنه دون الزنا فى المعنى الذى لأجله أجب الحد، ولا معتبر بتأكيد الحرمة فى حكم العقوبة، ألا ترى أن حرمة الدم والبول آكد من حرمة الخمر ثم الحد يجب بشرب الخمر، ولا يجب بشرب الدم والبول للتفاوت فى معنى دعاء الطبع من الوجه الذى قررنا[1].

المبحث الخامس

حكم دلالة النص

هذه الدلالة تثبت بها الأحكام الشرعية قطعاً إلا إذا وجد ما يصرفها عن القطع إلى الظن كالتخصيص والتأويل، ولكن مما يجدر

---

(١) ينظر : أصول السرخسى ــ ج١ ص ٢٤٣.

الإشارة إليه هنا أن العلماء قد اختلفوا فى مدى قبول الحكم الثابت بدلالة النص للتخصيص.

فذهاب الأحناف إلى القول بأنه: لا يحتمل التخصيص وقد علل ذلك الإمام السرخسى بقوله: إن التخصيص بيان أن الكلام غير متناول له (أى للمخصص) ومعلوم أن الحكم الثابت بالدلالة ثابت بمعنى النص لغة، وبعد أن كان معنى النص متناولا له لغة يبقى احتمال كونه غير متناول له، وإنما يحتمل إخراجه من أن يكون موجباً للحكم فيه بدليل يعتد به، وذلك يكون نسخاً لا تخصيصاً، وأما الشافعية فإنهم يرون أن الثابت بهذه يحتمل التخصيص[1].

وقد أشار إلى هذا الخلاف صاحب التلويح فقال: الثابت بالدلالة مثل الثابت بالعبارة والإشارة فى كونه قطعيا مستنداً إلى النظم لاستناده إلى المعنى المفهوم من النظم لغة ولهذا سميت دلالة النص فيقدم على خبر الواحد والقياس، وأما فى قبول التخصيص فلا مماثلة؛ لأن الثابت بالدلالة لا يقبله .. .. والأصح أنه يقبله صرح بذلك الإمام السرخسى[2].

كما أشار إليه الإمام النسفى فقال:

اعلم أن الثابت بدلالة النص لا يحتمل التخصيص، أما عند من يقول: بأن المعانى لا عموم لها؛ لأن المعنى واحد وإنما كثرة محاله،

(١) ينظر: أصول الفقه لأبى زهرة ص ١٤٦، وأصول السرخسى ــ ج١ ص٢٤١، وما بعدها.

(٢) ينظر: التلويح على التوضيح ــ ج١ ص ١٣٦.

فظاهر؛ لأن الثابت بدلالة النص ثابت بمعنى النص، والتخصيص يستدعى سبق العموم وأما على قول من يقول: إن المعانى لها عموم وهو الجصاص وغيره فلأن معنى النص إذا ثبت علة لم يحتمل أن يكون غير علة وفى التخصيص ذلك، بيانه: أن من قال الموجب لحرمة التأفيف فى موضع النص هو الأذى فقد قال: بأن الشرع جعله علة الحرمة أينما وجد، حتى يمكنه التعدية، فمتى وجد هذا الوصف ولا حكم له فلم يكن على الحرمة، فكأنه قال: هو علة وليس بعلة وهو تناقض[1].

المبحث السادس

تعارض دلالة النص مع دلالة الإشارة

إذا تعارض الحكم الثابت بدلالة الإشارة مع الحكم الثابت بدلالة النص قدم الأول لأن ما ثبت بالإشارة ثابت باللفظ والمعنى، أما ما ثبت بالدلالة فهو ثابت بالمعنى فكان الثابت بالدلالة أضعف من الثابت بالإشارة لثبوته بالمعنى فقط، وثبوت غيره معنى ولفظاً، وما ثبت من وجهين أولى مما ثبت من وجه واحد، وقد أشار إلى هذا صاحب التلويح فقال: الثابت بالعبارة أو الإشارة مقدم على الثابت بالدلالة؛ لأن فيهما النظم والمعنى اللغوى، وفى الدلالة المعنى فقط فيبقى النظم سالما عن المعارض[2]، مثاله قوله تعالى :﴿ ومن يقتل مؤمنا متعمداً فجزاؤه جهنم

(١) ينظر: كشف الأسرار للنسفى ــ ج١ ص ٣٩٢، ٣٩٣.

(٢) ينظر : التلويح على التوضيح ــ ج١ ص ١٣٦.

خالداً فيها وغضب الله عليه ولعنه وأعد له عذابا عظيما ﴾ [1] فإنه يدل بطريق الإشارة على أن القتل العمد لا تجب فيه الكفارة؛ لأن المولى ﷻ اقتصر فى بيان الجزاء على الخلود فى النار، ويلزم من الاقتصار على ذلك فى مقام البيان أن يكون الخلود فى جهنم هو كل جزاء القتل العمد، وليس فيه جزاء آخر، وهذا يتعارض مع الحكم المستفاد بطريق دلالة النص الوارد فى قوله تعالى : ﴿ ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ﴾ [2] فإنه يدل بطريق العبارة على وجوب الكفارة فى القتل الخطأ، ويدل بطريق النص على وجوبها فى القتل العمد؛ لأن الكفارة وجبت فى القتل الخطأ للزجر عن القتل، وإذا وجبت فى القتل الخطأ للزجر كان وجوبها فى القتل العمد أولى وأنسب؛ لأنه إذا وجبت الكفارة للزجر عما لا قصد فيه كان وجوبها فى الفعل الذى يتحقق فيه القصد أولى، ومن ثم يقدم الحكم الثابت بدلالة الإشارة على الحكم الثابت بدلالة النص، ويكون الحكم هو عدم وجوب الكفارة فى القتل العمد وهذا هو مذهب الحنفية ودليلهم:

أن دلالة الإشارة مأخوذة من النظم؛ لأنها مأخوذة من لوازمه، فإن ذكر الملزوم يقتضى ذكر اللازم، أما دلالة النص فإنها لا تفهم من منطوق اللفظ بل هى تؤخذ من مفهومه، وما يكون من المنطوق أولى فى الدلالة مما يكون من المفهوم.

---

(١) سورة النساء آية : [٩٣].

(٢) سورة النساء من الآية : [٩٢].

والشافعية يخالفون الحنفية ويقدمون دلالة النص على دلالة الإشارة فيوجبون الكفارة فى القتل العمد كما وجبت فى القتل الخطأ ودليلهم فى ذلك: أن دلالة النص تفهم لغة من النص فهى قريبة من دلالة العبارة، ودلالة الإشارة لا تفهم من النص لغة بل تفهم من اللوازم البعيدة للنصوص، وما يكون من عبارتها أولى بالأخذ مما يكون من اللوازم التى تختلف فيها الأفهام.

وأيضاً : فإن المعنى فى دلالة النص واضح المقصد من الشارع بخلاف اللوازم فإنها قد تكون مقصودة وربما لا تكون مقصودة[1].

المبحث السابع

الفروع الفقهية المخرجة على دلالة النص

١- وجوب الكفارة على المفطر في رمضان بغير عذر:-

أوجب الحنفية القضاء على المفطر بغير عذر بدلالة النص، وذلك لأنه لما وجب القضاء على المفطر فى رمضان بعذر المرض والسفر، وجب على المفطر بغير عذر حيث إنه فى الموضوعين ينعدم أداء الصوم الواجب فى الوقت، والمرض والسفر عذر فى الإسقاط لا فى الإيجاب، فعرف أن وجوب القضاء عليهما لانعدام الأداء فى الوقت

---

(١) ينظر: أصول أبى زهرة ـــ ص ١٤٦.

بالفطر لغة، وقد وجد هذا المعنى بعينه إذا أفطر من غير عذر فيلزمـــه القضاء بدلالة النص[1].

(١) ينظر: أصول السرخسي ـ ج١ ص ٢٤٦.

٢- وجوب الكفارة في يمين الغموس:-

ذهب بعض الفقهاء إلى وجوب الكفارة فى اليمين الغموس؛ لأن الكفارة تسقط الإثم فيها كما تسقطه فى غير الغموس، ووجوب الكفارة فى الغموس بناء على ثبوتها فى اليمين التى حلفها صاحبها ثم حنث الحالف لاعتبارها إذ ذاك يمينا كاذبة، فإن وجوب الكفارة فى اليمين الغموس من باب أولى، خصوصاً وأن الكذب فى يمين البر طارئ وليس أصلياً بخلاف الكذب فى اليمين الغموس، فإنه متعمد من أول وهلة، فكان وجوب الكفارة فى يمين الغموس أولى، وهذا عمل بدلالة النص يؤيده قوله ﷻ: ﴿ لا يؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان فكفارته إطعام عشرة مساكين ﴾ [١].

وذهب أبو حنيفة إلى عدم وجوب الكفارة فى اليمين الغموس بناء على أن اليمين الغموس محظورة فلا تصح للكفارة كالزنا والسرقة وشرب الخمر، أما اليمين غير الغموس فليست محظورة ابتداء، بل جائزة فتجبر بالكفارة عند الحنث فيها بخلاف محظورة الأصل، فالجهة بين اليمينين منفكة، وإذا كان الأمر كذلك فإن اليمين الغموس لا تجب فيها الكفارة كما هو الحال بالنسبة ليمين البر[٢].

---

(١) سورة المائدة : من الآية [٨٩].

(٢) ينظر: أصول السرخسى جـ١ ص ٢٦٤، والمهذب جـ٢ ص ١٤٢، والتلويح على التوضيح جـ١ ص ١٣٦.

٣- وجوب سجود السهو على من زاد أو نقص في صلاته عمدا:

قال الإمام الشافعي: يجب سجود السهو على من زاد أو نقص في صلاته عمدا؛ لأن وجوب السجود عليه عند السهو باعتبار تمكن النقصان في صلاته وذلك موجود في العمل وزيادة، فيثبت الحكم فيه بدلالة النص.

وذهب الحنفية: إلى عدم وجوب سجود السهو عليه، وقالوا : إن ما استدل به الشافعية فاسد؛ لأن السبب الموجب بالنص شرعا هو السهو على ما قاله رسول الله ﷺ والسهو ينعدم إذا كان عامدا[1].

وحديث سجود السهو هو ما روى أن النبي ﷺ " صلى فسها فلم سلم سجد سجدتين ثم سلم"[2].

(١) ينظر: أصول السرخسي ــ ج١ ص ٢٤٨، وكشف الأسرار على أصول البزدوي ــ ج٢ ص ٢٣٤.

(٢) رواه الإمام أحمد من طريق أبي هريرة ﷺ (ينظر : سنن الإمام أحمد جـ ٢ / ص ٤٤٠ كتاب الصلاة باب ما جاء في التشهد في سجدتي السهو) كما رواه النسائي في السهو باب ذكر الاختلاف على أبي هريرة في السهو (ينظر : سنن النسائي جـ ٣ / ص ٢٦) وأبو داود عن عمران بن حصين (ينظر سنن أبي داود جـ ١ / ص ٢٧٣).

الفصل الرابع

فى تعريف دلالة الاقتضاء والفرق بينها وبين دلالة الإشارة وأقسامها وعموم المقتضى وحكمها

وفيه خمسة مباحث:

المبحث الأول: تعريف دلالة الاقتضاء.

المبحث الثانى: الفرق بين دلالة الاقتضاء ودلالة الإشارة .

المبحث الثالث : أقسامها.

المبحث الرابع: عموم المقتضى.

المبحث الخامس : حكم دلالة الاقتضاء.

الفصل الرابع

دلالة الاقتضاء

المبحث الأول

تعريفها:

الاقتضاء فى اللغة: الطلب ومنه اقتضى الدين وتقاضاه أى طلبه.

وفى الاصطلاح: اختلفت عبارات الأصوليين فى تحديد معناها.

فعرفها صاحب كشف الأسرار بأنها: ما أضمر فى الكلام ضرورة صدق المتكلم ونحوه[1].

وعرفها الإمام السرخسى بأنها: دلالة اللفظ على زيادة على المنصوص عليه يشترط تقديمه ليصير المنظوم مفيدا أو موجبا للحكم[2].

وعرفها بعض العلماء بأنها: زيادة على النص لا يتحقق معنى النص بدونها فاقتضاها النص ليتحقق معناه ولا يلغو[3].

---

(١) ينظر: كشف الأسرار على أصول البزدوى ــ ج١ ص ٧٥، مختار الصحاح ص ٥٤٠.

(٢) ينظر: أصول السرخسى ــ ج١ ص ٢٤٨.

(٣) ينظر: كشف الأسرار جـ ١ ص ٧٥.

وقال الشيخ محمد أبو زهرة : هى دلالة اللفظ على أمر لا يستقيم المعنى إلا بتقديره[1].

وعرفها الإمام النسفى فقال : وأما الثابت باقتضاء النص فما لم يعلم النص إلا بشرط تقدمه عليه فإن ذلك أمر اقتضاء النص لصحة ما يتناوله[2].

وعرفها ابن عبد الشكور بأنها: دلالة المنطوق على ما يتوقف صحته عليه.

وباستقراء ما ورد عن العلماء فى تعريف دلالة الاقتضاء نجد أنهم وإن اختلفت عباراتهم فى اللفظ إلا أنها متحدة فى المعنى وعليه يمكن تعريف دلالة الاقتضاء بأنها:

" دلالة الكلام على معنى يتوقف على تقديره صدق الكلام أو صحته عقلا أو شرعا"

وبعد بيان معنى دلالة الاقتضاء لابد من الوقوف على أمور مهمة فى هذا البحث وهى:

١- المقتضى [بالكسر]

---

(١) ينظر: أصول الفقه للشيخ محمد أبو زهرة ــ ص ١٤٦ وما بعدها.

(٢) ينظر: كشف الأسرار للنسفى ــ ج١ ص ٣٩٣.

٢- المقتضى [بالفتح].

٣- حكم الاقتضاء.

٤- الاقتضاء.

قال صاحب كشف الأسرار في توضيح هذه الأمور:

اعلم أن الشارع متى دل على زيادة شئ فى الكلام لصيانته عن اللغو فالحامل على الزيادة وهو صيانة الكلام يسمى بالمقتضى (بالكسر) والمزيد هو المقتضى (بالفتح)، ويسمى ما ثبت بالكلام المزيد حكم الاقتضاء، ودلالة الشرع على أن الكلام لا يصح إلا بالزيادة هى الاقتضاء(١).

ونقول في توضيح ما سبق:

إن صدق الكلام أو صحته قد يتوقف كل منهما على احتمال إضمار شئ فى الكلام للدلالة على صدقه أو صحته، وذلك إما أن يكون شرعيا أو عقليا، وذلك أن الشرع أو العقل قد يدل أحدهما وجوبا على شئ مقدر فى الكلام لصيانة هذا الكلام عن اللغو، ولولا هذا التقدير من الشرع أو العقل لكان الكلام بعيدا عن الفائدة فى الدلالة على حكم من الأحكام، فالأمر الحامل للمتكلم على تقدير شئ زيادة فى الكلام لصيانته عن اللغو، هو ما يسمى بالمقتضى بالكسر، وأما هذا المقدر الذى زيد فى

---

(١) ينظر: كشف الأسرار للبخارى ـ ج١ ص ٧٥.

الكلام لصيانته عن اللغو فهو المقتضى بالفتح، وكون الشـرع أو العقـل دالين على أن هذه الكلام لا يصح إلا بتقدير هذه الزيادة طالبين لها هـو الاقتضاء، ثم إن هذا الأمر المقدر الذى لم ينطق بـه يعتـبره المسـتدل كالمنطوق به من حيث إنه لابد منه لتصحيح المنطوق أو صدقه فهو حكم الاقتضاء.

قال صاحب التلويح[1] فى المثال على ذلك؛ لو قال شخص لآخر اعتـق عبدك عنى بألف، فمقتضاه هو البيع؛ لأن اعتاق الرجـل عبـده بوكالـة الغير ونيابته يتوقف على جعله ملكا له، وسبب الملك هـهنا هـو البيـع بقرينة قوله عنى بألف فيكون البيع لازما متقدما لمعنى الكلام والاقتضـاء هو دلالة هذا الكلام على البيع والمراد باللزوم هاهنا ما هـو أعـم مـن الشرعى والعقلى البين وغير البين.

المبحث الثانى

الفرق بين الاستدلال بدلالة الاقتضاء ودلالة الإشارة

قبل بيان الفرق بينهما نقول: تشترك دلالة الاقتضاء مـع دلالـة الإشارة فى أن كلاً منهما من قبيل الدلالة الالتزامية، فدلالـة الاقتضـاء تستلزم أمراً مقدراً لصدق أو صحة الكلام، ودلالة الإشارة تستلزم أمـراً لازماً للمعنى المقصود من سياق الكلام لزوماً عقليا أو عادياً.

---

(١) ينظر: التلويح على التوضيح ـ ج١ ص ١٣٧.

وتفترق دلالة الاقتضاء عن دلالة الإشارة فى أن اللازم المقدر فى دلالة الاقتضاء متقدم واجب التقديم، أما فى دلالة الإشارة فقد يكون لازمه متأخرا وهو الأكثر[1].

ولهذا قال صاحب كشف الأسرار على أصول البزدوى:

وأما المقتضى فالشئ الذى لم يعمل النص أى لم يفد شيئا ولم يوجب حكما إلا بشرط تقدم ذلك الشئ على النص.. .. وإنما شرط تقدمه عليه؛ لأن ذلك أم اقتضاه النص لصحة ما تناول النص إياه، فتكون صحة النص متوقفة عليه توقف المشروط على الشرط فيقدم لا محالة، ولما اقتضى النص ذلك الشئ لصحته صار ذلك الشئ مضافا إلى النص بواسطة اقتضاء النص إياه[2]، وعلى هذا فالحكم الثابت بمقتضى النص ثابت بالنص لا بالرأى.

وقال الإمام السرخسي: المقتضى: هو عبارة عن زيادة على المنصوص عليه يشترط تقديمه ليصير المنظوم مفيدا أو موجبا للحكم وبدونه لا يمكن إعمال المنظوم فكان المقتضى مع الحكم مضافين إلى النص .. .. فالثابت بطريق الاقتضاء بمنزلة الثابت بدلالة النص لا بمنزلة الثابت بطريق القياس[3].

---

(١) ينظر: كشف الأسرار للنسفى ــ ج١ ص ٣٩٣.

(٢) ينظر: كشف الأسرار للإمام البخارى ــ ج١ ص ٧٥.

(٣) ينظر: أصول السرخسى ــ ج١ ص ٢٤٨.

المبحث الثالث

أقسام دلالة الاقتضاء

قسم الأصوليون دلالة الاقتضاء إلى ثلاثة أقسام بحسب المقتضى لتقدير المحذوف وهى كالآتى:

القسم الأول:

ما وجب تقديره لصدق الكلام كقوله ﷺ " لا صيام لمن لا يبيت النية "[1]، أى لا يقع الصيام صحيحاً لمن لا يبيت النية فتقدر الصحة ليصدق الكلام، إذ إنه لا يمكن أن يصدق الكلام إلا بذلك؛ لأن ظاهر الحديث يفيد أن صيام من لا يبيت النية غير موجود والواقع غير ذلك، فوجب تقدير أمر محذوف يتوقف صدق الكلام عليه، والمقدر هو كلمة " الصحة"، ويكون المعنى حينئذ لا صيام صحيح لمن لا يبيت النية.

القسم الثانى: ما وجب تقديره لصحة الكلام شرعاً، ومثاله قوله تعالى : ﴿حرمت عليكم الميتة ﴾[2] وقوله تعالى : ﴿ حرمت عليكم أمهاتكم﴾[3]، فإن ظاهر الآيتين وجود الحرمة على الميتة وعلى

---

(١) رواه ابن ماجة وأبو داود والدارمى والبيهقى وأحمد والنسائى ومالك ـ ينظر: سنن ابن ماجة ـ ج١ ص ٥٤٢، وسنن أبى داود ـ رقم ٢٤٥٤، وسنن الدارمى ـ ج٢ ص ١٧٢، وسنن البيهقى ـ ج٢ ص ٢٠٢، وموطأ مالك ـ ج١ ص ٢٨٨، والنسائى ـ كتاب الصيام ـ حديث ٢٢٩١.

(٢) سورة المائدة من الآية : [٣].

(٣) سورة النساء من الآية : [٢٣].

الأمهات، ومن المعروف أن الحرمة وهى من الأحكام الشرعية لا تتعلق بالذوات؛ وإنما تتعلق بالأفعال، فلابد من محذوف ومقدر يتوقف عليه صحة الكلام شرعاً، وهو فى الآية الأولى يقدر بكلمة " أكل"، وفى الثانية بكلمة "زواج"، ويكون المعنى فى الآية الأولى حرمت عليكم أكل الميتة، وفى الثانية حرمت عليكم زواج الأمهات.

القسم الثالث: ما وجب تقديره لصحة الكلام عقلاً كقوله تعالى : ﴿ فليدع ناديه ﴾[1]، فإن النادى وهو المكان لا يدعى عقلاً وإنما الذى يدعى من يكونون فيه، ولذا قدروا كلمة " أهل " فقالوا المعنى فليدع أهل ناديه، وقوله تعالى : ﴿ واسأل القرية ﴾ [2] فإن القرية وهى المكان لا تسأل عقلا، وإنما الذى يسأل من يكونون فيها ولذا قدروا كلمة " أهل " فقالوا : واسأل أهل القرية [3].

---

(١) سورة العلق من الآية [١٧].

(٢) سورة القرية من الآية : [٨٢].

(٣) ينظر: كشف الأسرار على أصول البزدوى ــ ج١ ص ٧٦، وأصول السرخسى ــ ج١ ص ٣٩٥.

المبحث الرابع

عموم المقتضى

قال صاحب التلويح: لا عموم للمقتضى على لفظ اسم المفعول أى اللازم المتقدم الذى اقتضاه الكلام تصحيحاً له إذا كانت تحته أفراد، ونقول قبل بيان الخلاف:

تحريم محل النزاع:

إذا كان المقتضى والمقدر بالقرينة خاصة (أى متعين) وجب تقديره خاصاً كما فى قوله تعالى : ﴿ حرمت عليكم الميتة ﴾، أما إذا كان المقتضى عاماً أى يدخل تحته أفراد كثيرون فاختلفوا هل يقدر عاماً أم لا ؟

فقال الأحناف :

إنه لا يقدر عاما ذهابا منهم بأن المقتضى لا عموم له؛ لأنه ثبت ضرورة صدق الكلام أو صحته والضرورة تندفع بقدرها، فإذا كانت الضرورة تندفع بإثبات فرد من أفراد العام فلا حاجة إلى إثبات ما وراءه.

وقال الشافعية :

إنه يقدر عاما ذهابا منهم إلى القول بعموم المقتضى؛ لأن المقتضى بمنزلة المنصوص فى ثبوت الحكم به حتى كان الحكم الثابت

به كالثابت بالنص لا بالقياس، فكذا فى إثبات صفة العموم فيه، فيجعل كالمنصوص، والمعنى لا ينفك عن لفظه، فيعطى حكمه، وحيث إن النص يدخله العموم فكذا ما يقتضيه، ونوقش هذا الدليل: بأن هناك فرقا بين المقتضى والنص إذ النص يعمل بنفسه من غير حاجة إلى تقدير، أما المقتضى فإنه قدر للحاجة حتى إذا كان المنصوص مفيدا بدون المقتضى لا يثبت المقتضى شرعا ولا لغة، والثابت للحاجة يتقدر بقدرها ولا حاجة إلى إثبات صفة العموم للمقتضى، فإن الكلام مفيد بدونه وهو نظير إباحة تناول الميتة للمضطر، فإنه ينبغى أن يقتصر فيها على قدر الحاجة فقط دون التحول والحمل[1] والتنازل إلى الشبع لا يثبت حكم الإباحة فيه، بخلاف المنصوص فإنه عامل بنفسه، فيكون بمنزلة حل المذكاه يظهر فى حكم التناول وغيره مطلقا.

الرأى الراجح

هذا، والذى نرجحه هو قول أصحاب الرأى الأول وذلك لقوة أدلتهم وردهم على أدلة أصحاب المذهب الثانى.

---

(١) ينظر: كشف الأسرار على أصول البزدوى ـ ج١ ص ٧٦، شرح الإسنوى على منهاج البيضاوى ـ ج٢ ص ٧٤، شرح العضد على مختصر المنتهى ـ ج٢ ص ١١٦، أصول السرخسى ـ ج١ ص ٢٤٨، فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت ـ ج١ ص ٤١٢، التلويح على التوضيح ـ ج١ ص ١٣٧.

ثمرة الخلاف

تظهر ثمرة الخلاف فى القول بعموم المقتضى وعدمه فى بعض الفروع الآتية :

١- قوله ﷺ :" رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه"[١]، فإن ظاهر الحديث يفيد أن الخطأ والنسيان والإكراه لا يوجد شئ منها فى الأمة، ولكن الواقع غير ذلك بدليل وقوعه من أمته ﷺ ، فلابد من تقدير شئ حتى يكون الكلام صحيحا لاستحالة رفع الشئ بعد وقوعه، وهذا المقدر هو " حكم " أى رفع حكم الخطأ والنسيان والإكراه، والحكم عام لأنه يشمل الدنيوى والأخروى، لكن الأحناف يقولون إن الاقتضاء ثبت ضرورة والضرورة تندفع بتقدير أحد النوعين، وهو الحكم الأخروى؛ لأنه متفق عليه، ولأن الله قد وضع للخطأ عقوبة دنيوية فى قوله تعالى :﴿ ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ﴾ [٢] فلا يكون له عقوبة أخروية؛ لأنه لا يعاقب على الفعل مرتين ولو كان ذلك لذكره المولى ﷻ.

---

(١) هذا الحديث: أخرجه الحاكم فى المستدرك ــ كتاب الطلاق ــ ينظر : المستدرك ــ ج٢ ص ١٩٨، وابن ماجة ــ كتاب الطلاق ــ ينظر: سنن ابن ماجه ــ ج١ ص ٦٥٩، والبيهقى ــ كتاب الخلع والطلاق ــ ينظر : سنن البيهقى ــ ج٧ ص ٣٥٦.

(٢) سورة النساء من الآية : [٩٢].

والشافعية : الذين يقولون بعموم المقتضى يبقون هذا المقدر على عمومه، وعليه يكون الحكم عندهم شاملاً للدنيوى والأخروى[1].

٢- قوله ﷺ :" إنما الأعمال بالنيات"[2]، فإنه ليس المراد عين العمل، فإن ذلك متحقق بدون النية وإنما المرد الحكم وقد ثبت ذلك بمقتضى الكلام، فقال الشافعى يعم ذلك حكم الدنيا والآخرة فيما يستدعى القصد والعزيمة من الأعمال قولا بعموم المقتضى.

وقال الحنفية: المراد حكم الآخرة وهو أن ثواب العمل بحسب النية؛ لأن ثبوته بطريق الاقتضاء ولا عموم للمقتضى، وعلى هذا نقول: هل يقع طلاق الواحد بنية الثلاث، كما إذا قال لزوجته أنت طالق أو طلقتك ونوى ثلاثا، فإنه على قول الشافعى تعمل نيته؛ لأن قوله طالق يقتضى طلاقاً وذلك كالمنصوص عليه، فتعمل نيته الثلاث فيه قولاً بالعموم فى المقتضى.

وذهب الحنفية: إلى أن قوله طالق نعت مفرد، ونعت الفرد لا يحتمل العدد، والنية إنما تعمل إذا كان المعنى من محتملات اللفظ ولا يمكن إعمال نية العدد باعتبار المقتضى؛ لأنه لا عموم للمقتضى

---

(١) ينظر: أصول السرخسى ــ ج١ ص ٢٥١.

(٢) رواه الإمام البخارى ومسلم وأبو داود ــ ينظر: فتح البارى بشرح صحيح البخارى ــ ج١ ص٩، وصحيح مسلم بشرح النووى ــ ج٤ ص ٥٧١، سنن أبى داود ــ ج٢ ص ٢٦٢.

ولأن المقتضى لا يجعل كالمصرح به فى أصل الطلاق، فكيف يجعل كالمصرح به فى عدد الطلاق؟

وبيانه: أنه إذا قال لامرأته: زورى أباك أو حجى، ونوى به الطلاق لم تعمل نيته ومعلوم أن ما صرح به يقتضى ذهابا لا محالة ثم لم يجعل بمنزلة قوله اذهبى حتى تعمل نيته الطلاق فيه، يقرره أن قوله طالق نعت للمرأة، فإنما يعتبر فيه من المقتضى ما يكون قائما بالموصوف والطلاق من هذا اللفظ مقتضى هو ثابت بالواصف شرعا، فإنه لا يكون صادقا فى هذا الوصف بدون طلاق يقع عليها، فيجعل موقعا ليتحقق هذا الوصف منه صدقا، ومثل هذا المقتضى لا يكون كالمصرح به شرعا، بخلاف قوله أنت بائن، فإن ذلك نعت فرد نصا حتى لا يسع نية العدد فيه لو نوى ثنتين ولكن البينونة تتصل بالمحل فى الحال[1].

وقال صاحب التلويح فيما تقدم:

قد وقعت فى باب الطلاق عبارات متشابهة صحت عن أبى حنيفة ﷺ نية الثلاث فى بعض منها مثل طلقى نفسك، دون بعض مثل أنت طالق أو طلقتك، وإذا صرح بالمصدر مثل أنت طالق طلاقا صحت نية الثلاثة اتفاقا.

---

(١) ينظر: أصول السرخسى جـ١ ص ٢٥٤، المهذب جـ٢ ص ٨٤، بداية المجتهد ج٢ ص٨١، ٨٢.

وذلك لأن الطلاق فى أنت طالق وطلقتك ثابت بطريق الاقتضاء، فلا يعم جميع ما تحته من الأفراد وهو الثلاث، وفى طلقى نفسك ثابت بطريق اللغة، فيكون كالملفوظ فيصبح جمله على الأقل وعلى الكل كسائر أسماء الأجناس وتحقيق ذلك فى أنت طالق يدل بحسب اللغة على اتصاف المرأة بالطلاق لا على ثبوت الطلاق عند الرجل بطريق الإنشاء، وإنما ذلك أى الطلاق الثابت بطريق الإنشاء عن الرجل أمر شرعى ثبت ضرورة أن اتصاف المرأة بالطلاق يتوقف شرعا على تطليق الزوج إياها، فيكون ثابتا بطريق الاقتضاء، فيقدر بقدر الضرورة.. بخلاف طلقى نفسك، فإنه مختصر من افعلى فعل الطلاق من غير أن يتوقف على مصدر مغاير لما ثبت ضمن الفعل؛ لأنه لطلب الطلاق فى المستقبل فلا يتوقف إلا على تصور وجوده ، فيكون الطلاق الثابت به هو نفس مصدر الفعل فيكون ثابتا لغة لا اقتضاء فيكون بمنزلة الملفوظ، فيصح حمله على الأقل وعلى الكل وإن لم يكن عاما.. .. وكذا إذا كان مذكورا نحو طلقى طلاقا، وأنت طالق طلاقا، وطلقتك طلاقا، فإنه لا دلالة على العموم كيف وهو نكرة فى الاثبات، فإن قلت: فمن أين صحت نية الطلاق قلت: من جهة أن الطلاق اسم دال على الواحد حقيقة أو حكما وهو المجموع من حيث المجموع أعنى الطلقات الثلاث؛ لأن المجموع فى باب الطلاق[1].

---

(١) ينظر: التلويح على التوضيح ـ ج١ ص ١٣٨، ١٣٩.

المبحث الخامس

حكم دلالة الاقتضاء

دلالة الاقتضاء تثبت بها الأحكام قطعا إلا إذا وجد ما يصرفها عن القطعية إلى الظنية كالتخصيص والتأويل، هذا وقد وقع خلاف بين الأصوليين فى المقتضى من حيث كونه يقبل العموم أو أنه لا يدخله العموم على النحو المتقدم بيانه.

تعارض دلالة الاقتضاء مع دلالة النص

إذا تعارض الحكم الثابت بمقتضى النص مع الحكم الثابت بدلالة النص، قدم الثانى على الأول؛ وذلك لأن دلالة النص أقوى من دلالة الاقتضاء من حيث إن الثابت بدلالة النص ثابت بفحوى اللفظ لغة، وأما الثابت بالاقتضاء فإن ثبوته ليس باللفظ ولا بفحواه بل بأمر آخر تطلبه صدق النص أو صحته.

ولهذا قال الإمام السرخسي : إن الثابت بطريق الاقتضاء بمنزلة الثابت بدلالة النص لا بمنزلة الثابت بالقياس إلا عند المعارضة فإن الثابت بدلالة النص أقوى؛ لأن النص يوجبه باعتبار المعنى لغة والمقتضى ليس من موجباته لغة، وإنما ثبت شرعا للحاجة إلى إثبات الحكم به[1].

---

(١) ينظر: أصول السرخسى ـج١ ص ٢٤٨.

وقال الإمام النسفي أيضا: إن الثابت بطريق الاقتضاء كالثابت بدلالة النص إلا عند المعارضة فإن الثابت بدلالة النص حينئذ أقوى منه، لأن النص يوجبه باعتبار المعنى لغة، والمقتضى ليس من موجباته لغة، وإنما يثبت شرعا للحاجة إلى تصحيح المنطوق.

كما قال صاحب شرح نور الأنوار: إن الثابت بطريق الاقتضاء كالثابت بدلالة النص أى هما سواء فى إيجاب الحكم القطعى، إلا أنه تترجح الدلالة على الاقتضاء عند المعارضة مثاله: قول ﷺ لعائشة ــ رضى الله عنها ــ " حتيه ثم اقرصيه ثم اغسليه بالمال"[1] فإنه يدل باقتضاء النص على أنه لا يجوز غسل النجس بغير الماء من المائعلت، لأنه لما أوجب الغسل بالماء، فتقتضى صحته أن لا يجوز تغير الماء، ولكنه بعينه يدل بدلالة النص على أنه يجوز غسله بالمائعات، وذلك لأن المعنى المأخوذ منه الذى يعرف كل أحد هو التطهير وذلك يحصل بهما جميعا، ألا ترى أن من ألقى الثوب النجس، لا يؤاخذ باستعمال الماء فيه، لأن المقصود، وهو إزالة النجاسة حاصل على كل حال فرجحت الدلالة على الاقتضاء.

(١) رواه الإمام الترمذى عن أسماء بنت أبى بكر (ينظر : سنن الترمذى جـ١/ ص ١٩، باب الطهارة والدارمى (ينظر : سنن الدارمى جـ ١ / ١٩٧) والنسائى (ينظر : سنن النسائى جـ ١ ص ١٥٥) وأبو داود (ينظر : سنن أبى داود جـ ١ / ص ٧٠).

قال الإمام الخاري : ما وجد لمعارضة المقتضى مع الأقسام المتقدمة نظير، ولقد رد هذا الادعاء صاحب شرح نور الأنوار فقال: وما قيل من أن مثاله لم يوجد فى النصوص، فإنما هو من قلة التتبع[١].

---

(١) ينظر: كشف الأسرار مع شرح نور الأنوار ج١ ص ٣٩٨، وكشف الأسرار على أصول البزدوى ج١ ص ٧٥، وأصول الفقه لأبى زهرة ص ١٤٦.

الفصل الخامس

أقسام الدلالة الوضعية غير اللفظية عند الأحناف

الفصل الخامس

أقسام الدلالة الوضعية غير اللفظية عند الأحناف

بعد أن ذكرنا أقسام الدلالة اللفظية عند الأحناف نشرع فى بيـــان أقسام الدلالة الوضعية غير اللفظية عندهم فنقول:

قسم الحنفية الدلالة الوضعية غير اللفظية إلى أربعة أقسام وسموها بيان الضرورة، وهذه الأقسام الأربعة كلها دلالة سكوت، وتلحق اللفظيـــة فى إفادة الأحكام وهى كالآتى:

الأول: أن يلزم عند مذكور مسكوت عنه كما فى قوله تعالى فـــى بيـــان ميراث الأبوين : ﴿ ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان لـــه ولد فإن لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث فإن كان له إخوة فلأمـــه السدس ﴾ [1].

فإن هذا السياق يدل على انحصار إرثه فى أبويـــه، واختصـــاص الأم بالثلث ولازمه المسكوت عنه، وهو لأبيـــه الثلثـــان، فليـــس مجـــرد السكوت دليلا على ذلك وإنما هو ناتج من الانحصار، وببيان نصيب أحد المستحقين كما فى قول القائل: دفعت لك مالى مضاربـــة علـــى أن لـــك نصف الربح، فمعلوم أن الربح منحصر فيهما وقد بين نصيب أحدهمـــا، فيلزم منه أن نصيب الثانى هو الباقى

---

(١) سورة النساء من الآية [١١]

الثانى: دلالة حال الساكت الذى وظيفته البيان مطلقاً أو فى تلك الحادثة كسكوته ﷺ على أمر يشاهده من قول أو فعل، فإنه يدل على الإذن فيه إذا لم ينكره ومن هنا كان تقريره ﷺ قسماً من السنة كقوله وفعله ومن هذا القسم سكوت البكر إذا استأذنها وليها أو رسوله فى تزويجها من معين فسكتت، فإن هذا ينزل منزلة الرضا لدلالة الحال.

الثالث: اعتبار سكوت الساكت دلالة كالنطق لدفع التغرير، كدلالة سكوته عند رؤيته محجوره يبيع ولا ينهاه على إذنه له فى التصرف لأن ذلك لو لم يعتبر إذنا لأصاب الناس ضرر إذ هم يستدلون بهذا السكوت على الإذن فلا يمتنعون عن معاملة المحجور، وهذا تغرير بالناس وضرر لهم ودفع الضرر عنهم واجب، ومنه دلالة سكوت الشفيع عن طلب الشفعة طلب التقرير بعد تمكنه منه على إسقاط الشفعة لضرورة دفع الضرر عن المشترى.

الرابع: دلالة السكوت على تعين معدود تعورف حذفه ضرورة طول الكلام بذكره كما يقولون مائة ودرهم أو دينار أو قفيز من بر مثلا، فالسكوت عن مميز المائة يدل عرفا على أنه فى الأول درهم وفى الثانى دينار وفى الثالث قفيز، والظاهر أن هذه الدلالة فى هذه الأحوال ليست لمجرد السكوت وإنما هى للقرائن التى حفت بالسكوت[1].

(١) ينظر: أصول الفقه للشيخ محمد الخضرى ص ١١٨، ١١٩.

الباب الثاني

طرق دلالة اللفظ على المعنى عند الجمهور

ويشتمل على فصلين

الفصل الأول:دلالة المنطوق ويشتمل على مبحثين:

المبحث الأول : فى تعريفها.

المبحث الثانى : فى أقسامها.

الفصل الثانى :دلالة المفهوم ويشتمل على مبحثين:

المبحث الأول : فى تعريفها

المبحث الثانى: فى أقسامها.

الباب الثانى

طرق دلالة اللفظ على المعنى عند الجمهور

قسم جمهور الأصوليين اللفظ من حيث دلالته على المعنى إلى قسمين:

دلالة المنطوق.

دلالة المفهوم.

وهذا التقسيم للدلالة، هو الذى اختاره الإمام البخارى(١)، وهناك بعض من العلماء ذهب إلى أن المنقسم إلى المنطوق والمفهوم هو المدلول، وهو المختار عند الإمام سعد الدين التفتازانى(٢).

ونقول: إن الخلاف لا يؤثر فى المراد؛ لأن تقسيم أحدهما يقتضى تقسيم الآخر، إذ المدلول هو المعنى الثابت بالدلالة، فإذا انقسم المدلول إلى منطوق ومفهوم انقسمت الدلالة تبعا لذلك، وبذلك يكون الخلاف لفظيا، لا يترتب عليه أية ثمرة فى الأحكام الشرعية.

وجه انحصار الدلالة عند الجمهور فى هذين القسمين:

هو أن الذى يستفاد من اللفظ نوعان:

أحدهما: متلقى من المنطوق به المصرح بذكره.

---

(١) ينظر: نهاية السول ــ ج١ ص ٣١١.

(٢) ينظر : حاشية السعد على مختصر بن الحاجب ج١ ص ١٧١.

والثانى: متلقى من فحوى اللفظ، وهو مسكوت عنه لا ذكر له ولا تصريح به، ونعنى بالمنطوق هنا المنطوق به أى اللفظ المتكلم به، وربما أطلق على المعنى كذلك اصطلاحا، قال العطار فى حاشيته على جمع الجوامع:" وإطلاقه على المعنى حقيقة اصطلاحية وإلا فالمعنى لا ينطق به وإنما ينطق باللفظ"[1].

وحيث علمنا ذلك فقد آن لنا أن نتكلم عن الأقسام السابقة فنقول:-

(١) ينظر: حاشية العطار على جمع الجوامع ـ ج ١ ص ٢٧٩.

الفصل الأول

فى تعريف دلالة المنطوق وأقسامها

ويشتمل على مبحثين:

المبحث الأول: تعريف المنطوق.

المبحث الثانى : أقسام دلالة المنطوق ويشتمل على مطلبين:

المطلب الأول: المنطوق الصريح,

ويشتمل على مسألتين :

المسألة الأولى : فى تعريفه,

المسألة الثانية: فى أقسامه.

المطلب الثانى: المنطوق غير الصريح

ويشتمل على مسألتين:

المسألة الأولى: فى تعريفه

المسألة الثانية : فى أقسامه.

الفصل الأول

دلالة المنطوق

المبحث الأول

تعريف المنطوق:

المنطوق فى اللغة: الملفوظ، وهو مأخوذ من نطق بمعنى تكلم بصوت واشتمل كلامه على حروف ومعانى[1]، فالمنطوق إذاً هو:

الكلام الذى نطق به المتكلم وتلفظ به، وسواء أكان المتلفظ به حكماً أو ذاتاً وسواء أدل اللفظ على الحكم الملفوظ به بنحو الحقيقة مثل قوله تعالى: ﴿ وأحل الله البيع وحرم الربا ﴾ [2] أم بنحو المجاز مثل قوله تعالى: ﴿ أو لامستم النساء فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيداً طيباً ﴾ [3]، حيث دل الكلام المركب بمنطوقه فى الآية الأولى على جواز البيع وتحريم الربا بنحو الحقيقة، ودل فى الثانية على وجوب التيمم عند عدم الماء ووجود الجنابة المعبر عنها باللمس مجازاً (وهذا عند الأحناف الذين يفسرون اللمس فى الآية بالجماع، أما عند غيرهم فاللمس فى

(١) ينظر: مختار الصحاح ــ ص ٦٧.

(٢) سورة البقرة من الآية [٢٧٥].

٣ سورة النساء من الآية

حقيقته ليس فى الآية حينئذ)، وأما دلالة المنطوق على الذوات فذلك كنحو أحمد ومصطفى إلى غير ذلك من سائر الذوات[١].

وفى اصطلاح الأصوليين :

وهو ما دل عليه اللفظ فى محل النطق "[٢]، وهذا هـــو التعريـــف المختار عند الجمهور، ولهذا سوف نتعرض لشرحه ونرد على مـــا ورد عليه من اعتراضات.

قولهم" ما " اسم موصول بمعنى الذى وهـــو مدلـــول اللفـــظ، أى المعنى الثابت به، وتفسير " ما " فى التعريف المتقدم بأنـــها مصدريـــة، ذهب إليه ابن الحاجب، وذهب بعض الأصوليين إلى أنها واقعـــة علـــى معنى.

وقد انبنى على الخلاف فى تفسير " ما " خلافهم فى كون المنطوق والمفهوم هل هما من أقسام المدلول أو من أقسام الدلالة، والراجـــح مـــا ذهب إليه الجمهور من أن المنطوق والمفهوم قسمان للمدلول لا للدلالة إذ هو بذلك يكون أعم فى تناول أسماء المعانى والذوات، فيكون بذلك أشـمل مما لو جعل من أقسام الدلالة فإنه إذ ذاك، لا يتناول نحو زيد ممـــا هـــو ذات الحكم.

---

(١) ينظر: تيسر التحرير ــ ج١ ص ٩١، وفواتح الرحموت ــ ج١ ص ٤١٣.

(٢) ينظر: التقرير والتحبير ــ ج١ ص ١١٠، إرشاد الفحول للشوكانى ــ ص ٣٠٢، مختصـــر ابن الحاجب بشرح العضد ــ ج١ ص ١٧١، والمحلى على جمع الجوامـع ــ ج١ ص ٢٣٢، الإحكام للآمدى ج١ ٣ ص ٦٧، ومنهاج العقول ــ ج١ ص ٣٠٩.

قال ابن أمير الحاج: ثم كونهما من أقسام الدلالة هو الذى مشى عليه القاضى عضد الدين[1].

و"ما" جنس فى التعريف يشمل كل مدلول اللفظ سواء أكان مدلول اللفظ مطابقتا أم تضمينا أم التزاما، كما يشتمل مدلول غير اللفظ، كطلب الشرب الذى هو مدلول الإشارة بوضع اليد على الفم خاصة، وخرج به ما ليس بمدلول.

وقولهم " فى محل النطق" قيد ثان خرج به المفهوم؛ لأنه ليس فى محل النطق وإنما فى محل السكوت.

والمراد به: المتلفظ به بأن يكون حكما لمذكور مثل قوله تعالى: ﴿ فلا تقل لهما أف ﴾ [2]، فإن " أف " الذى هو محل الحكم ملفوظ به فى الكلام، وحكمه التحريم لدلالة النهى على ذلك.

والمعتبر فى المنطوق ذكر محل الحكم فى الكلام سواء ذكر الحكم كالآية السابقة أم لم يذكر بأن كان الحكم معلوما لكونه جوابا عن سؤال، بأن قال قائل لغيره مثلا: أتجب الزكاة فى الغنم السائمة والمعلوفة، فيجيبه المسئول بقوله: فى السائمة فقط، أى تجب فى السائمة فقط، فهنا حذف الحكم لكونه معلوما من السؤال[3] وعلى هذا يكون تعريف دلالة

---

(١) ينظر: التقرير والتحبير ـ ج١ ص ١١١، شرح العضد على مختصر المنتهى ـ ج٢ ص ١٧١.

(٢) سورة الإسراء من الآية [٢٣].

(٣) ينظر : التقرير والتحبير جـ١ ص ١١٠ ، ١١١.

المنطوق: هى دلالة اللفظ على المعنى فى محل النطـــق لا فـــى محـــل السكوت.

ا ورد عليه من اعتراضات والجواب عنها:

أورد الآمدى على تعريف جمهور الأصوليين لدلالة المنطوق اعـــتراض فقال: إن هذا التعريف غير صحيح، لأن الأحكام المضمرة فـــى دلالـــة الاقتضاء مفهومة من اللفظ فى محل النطق، ولا يقال لشـــئ مـــن ذلـــك منطوق اللفظ فالواجب أن يقال : المنطوق ما يفهم من دلالة اللفظ قطعـــا فى محل النطق[1] وذلك كتحريم التأفيف للوالدين من قوله تعالى : ﴿ فـــلا تقل لهما أف ﴾ ، وعلى هذا يكون التعريف غير مانع.

والجواب عنه:

أن الدلالة فى اللفظ المنطوق به ناشئة من وصفه للمعنى الـــذى دل عليه، وليست ناشئة من توقف صحته على مضمر من الكلام كمـــا هـــو الحال فى دلالة الاقتضاء[2].

ما يقابل دلالة المنطوق عند الأحناف:

إن دلالة المنطوق عند الجمهور يقابلها دلالة العبـــارة والإشـــارة والاقتضاء عند الأحناف، وقد اشار إلى دلك الإمام البخارى فقال: اعلـــم أن عامة الأصوليين من أصحاب الشافعى قسموا دلالة اللفظ إلى منطـــوق

(١) ينظر: الإحكام للآمدى ـ ج٣ ص ٦٢.

(٢) ينظر: تقريرات الشربينى على جمع الجوامع ج١ ص ٢٧٣.

ومفهوم وقالوا : دلالة المنطوق " ما دل عليه اللفظ فى محـــل النطــق"، وجعلوا ما سميناه عبارة وإشارة واقتضاء من هذا القبيل[١].

المبحث الثانى

أقسام دلالة المنطوق

تنقسم دلالة المنطوق إلى قسمين:

منطوق صريح.

منطوق غير صريح.

وسأتناول بيانهما فى مطلبين .

المطلب الأول

المنطق الصريح

المسألة الأولى: تعريفه:

عرفه ابن أمير الحاج بأنه: ما كانت دلالة اللفظ فيه ناشـــئة عـــن مجرد الوضع[٢].

وعرفه الإمام الشوكانى بأنه: ما دل عليـــه اللفـــظ بالمطابقيـــة أو التضمين[٣].

---

(١) ينظر:كشف الأسرار على أصول البزدوى ــ ج٢ ص ٢٥٣.

(٢) ينظر: التقرير والتحبير ــ ج١ ص ١١١.

(٣) ينظر: إرشاد الفحول ــ ص ٣٠٢.

وعرفه ابن الحاجب بأنه: ما وضع له اللفظ سواء دل عليه مطابقة أو تضمينا[1].

وعرفه الإمام البدخشى بأنه : ما دل عليه اللفظ مطابقة أو تضمنا لا ما يفهم من سوق الكلام[2].

وهذه التعريفات وإن اختلفت فى اللفظ إلا أنها متحدة فى المعنى، وعلى هذا يمكن تعريف المنطوق الصريح بأنه:" ما كانت دلالة اللفظ فيه ناشئة عن مجرد الوضع"، فيشمل كلا من الدلالة المطابقية والتضمينية كدلالة لفظ إنسان على الحيوان الناطق فى المطابقية أو دلالته على الحيوان فقط، أو الناطق فقط فى التضمينية[3].

المسألة الثانية : أقسام المنطوق الصريح:

ينقسم المنطوق الصريح إلى :

١- مفرد **٢- مركب**

المراد بالمفرد هنا: هو ما لا يدل جزؤه على حزء المعنى الموضوع له، وهذا صادق بصورتين:

ألا يكون له جزء أصلا كهمزة الاستفهام إذا انفردت.

---

(١) ينظر: مختصر المنتهى بشرح العضد ـ ج٢ ص ١٧١.

(٢) ينظر: شرح البدخشى على منهاج البيضاوى ـ ج ١ ص ٣٠٨.

(٣) ينظر: تيسير التحرير ـ ج١ ص ٩٢، وشرح العضد ج٢ ص ١٧١، ومنهاج العقول ج١ ص ٣١١، وفواتح الرحموت ـ ج١ ص ٤١٤، والتقرير والتحبير ج١ ص ١١١.

ما له جزء ولكنه لا يدل على معنى كالزاى والياء والدال من " زيـد " إذا انفرد كل حرف منها.

فإن قيل: إن من نطق بهذه الحروف يدل نطقه بها على حياة المتكلم بـهذه الحروف، فيكون النطق بكل حرف منها على حدة قد دل علـى معنـى، وهو أن المتكلم بها حى.

أجيب: بأن دلالتها حينئذ على حياته ليست من باب الدلالة اللفظيـة، بـل هى من باب الدلالة العقلية، وهى خارجة عن موضوعنا.

فإن قيل: إن كلا من هذه الحروف إذا انفرد دل على عدد الحروف مـن حيث هو عددها

أجيب: بأنه اصطلاح لأهل العرف وليس توقيفاً(١).

والمركب: هو ما دل جزؤه على جزء المعنـى الموضـوع لـه دلالـة مقصودة.

المطلب الثانى

المنطوق غير الصريح

المسألة الأولى: تعريفه:

عرفه ابن أمير الحاج بأنه : دلالة اللفظ على لازم له(٢).

(١) ينظر : حاشية العطار على جمع الجوامع ــ ج١ ص ٢٨٤.

(٢) ينظر: التقرير والتحبير ج١، ص ١١١، أصول الفقه للشيخ محمد الخضرى ــ ص١٢١.

وعرفه ابن الحاجب بأنه: دلالة اللفظ على ما لم يوضع اللفظ له بل هـــو لازم من لوازمه[1].

وعرفه الإمام الشوكانى بأنه: ما دل عليه اللفظ بالالتزام [2].

وعرفه ابن الهمام بأنه: دلالة اللفظ على ما يلزم[3].

وعرفه الإمام الأسنوى بأنه: ما دل على اللفظ التزاما[4].

وباستقراء ما ورد عن العلماء فى تعريف المنطوق غير الصريـــح نجد أن الاختلاف بينهم فى تعريفه اختلاف فـــــى العبـــارة واللفـــظ دون المعنى، وعليه يمكن تعريف المنطوق غير الصريح بأنه:" ما لم يوضـــــع اللفظ له بل هو لازم من لوازمه مثاله قوله تعالى : ﴿ وعلى المولود لــــه رزقهن وكسوتهن بالمعروف ﴾[5]، فإنه دل على أن نفقة الولد علـــى الأب دون الأم، ولو نظرنا إلى لفظ اللام فى الآية نجد أنه لم يوضع لإفادة هـذا الحكم؛ وإنما وضع للدلالة على أن الولد ينسب لأبيه، وقد أفـــــاد الحكـــم الأول بطريق الالتزام[6].

المسألة الثانية: أقسام المنطوق غير الصريح

---

(١) ينظر: مختصر المنتهى بشرح العضد ــ ج٢ ص ١٧١.

(٢) ينظر: إرشاد الفحول للشوكان ــ ص ٣٠٢.

(٣) ينظر: تيسير التحرير ج١ ص ٥٢.

(٤) ينظر: نهاية السول ــ ج١ ص ٣١١.

(٥) سورة البقرة من الآية : [٢٣٣].

(٦) ينظر: أصول السرخسى ج١ ص ٢٣٧.

قسم الجمهور[1] المنطوق غير الصريح إلي ثلاثة أقسام:

١- دلالة الاقتضاء ٢- دلالة الإيماء ٣- دلالة الإشارة.

وجه الحصر فى هذه الأقسام الثلاثة :

قال الإمام محمد بن الحسن البدخشى فى بيان وجه الانحصار (مع تجوز): أن المدلول عليه بالالتزام إما أن يكون مقصوداً من اللفظ بالذات، وإما أن لا يكون مقصوداً، فإن كان مقصوداً للمتكلم فذلك بحكم الاستقراء نوعان:

أحدهما: أن يتوقف على ذلك المدلول صدق الكلام فى صحته عقلاً أو شرعاً، فدلالة اللفظ عليه تسمى دلالة اقتضاء، أى أن اللفظ يقتضى ذلك المدلول وليس بنص صريح فيه.

وثانيهما: أن لا يتوقف على ذلك المدلول صدق الكلام أو صحته، فدلالة اللفظ عليه دلالة إيماء وتنبيه.

وإن لم يكن المدلول عليه بالالتزام مقصوداً للمتكلم، فدلالة اللفظ عليه تسمى دلالة الإشارة [2].

---

(١) سار على هذا التقسيم من الجمهور ابن الحاجب وابن الهمام وأبو الفتوح فى مختصر التحرير وشرحه، وخالفهم فى هذا التقسيم بعض العلماء منهم الآمدى والغزالى، وقد ورد عليها بعض المناقشات والمآخذ، كما جعل التقسيم الراجح هو ما ذهب إليه غيرهم من العلماء. ينظر: مختصر المنتهى ج٢ ص ٣٥٣، تيسير التحرير ج٢ ص ٩٢، الإحكام للآمدى ج٣ ص ٦٢، إرشاد الفحول للشوكانى ص ٣٠٢ المتسصفى ج٢ ص ١٤٥.

(٢) ينظر: منهاج العقول ــ ج١ ص ٢١١، ٢١٢.

١- دلالة الاقتضاء:

"هى دلالة اللفظ على لازم مقصود للمتكلم يتوقف عليه صدق الكلام أو صحته عقلاً أو شرعاً، وقد تقدم المثال لها فى الكلام عن دلالة الاقتضاء عند الحنفية.

٢- دلالة الإيماء[١]:

عرفها الإمام الشوكانى فقال: " دلالة الإيماء أن يقترن اللفظ بحكم لو لم يكفى للتعليل لكان بعيداً"[٢].

وعرفها بعض العلماء بأنها: هى اقتران وصف بحكم لو لم يكن للتعليل لكان القرآن بعيداً، وهذا محله باب القياس.

مثالها:

قوله تعالى : ﴿ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما ﴾[٣]، فقد رتب الحكم وهو القطع على الوصف وهو السرقة، فلو لم يكن الوصف هنا لتعليل الحكم لكان بعيداً، ومن الأمثلة أيضاً: ما روى أن أعرابياً جاء إلى النبى

---

(١) دلالة الإيماء: تسمى عند البعض " دلالة التنبيه"، ولا فرق بين التسميتين إلا أن يقال : إن الإيماء يستدعى التنبيه ويدل عليه، فيكون التنبيه مدلولا عليه بالإيماء ودال السامع فى نفس الوقت، ينظر: شرح العضد ــ ج١ ص ١٧٢، فواتح الرحموت ج١ ص ٤١٢، وتيسير التحرير ج١ ص ٩٢.

(٢) ينظر : إرشاد الفحول ــ ص ٣٠٢.

(٣) سورة المائدة من الآية : [٣٨].

ﷺ فقال: هلكت يا رسول الله، قال: " ما أهلكك؟" فقال: وقعت على امرأتى فى نهار رمضان، فقال النبى ﷺ : " أعتق رقبة"[1].

فحكم النبى ﷺ بعتق رقبة عقب قول الأعرابى وقعت على امرأتى فى نهار رمضان، يدل بطريق الإيماء أن الوقاع علة الحكم[2].

٣- دلالة الإشارة :

هى دلالة اللفظ على لازم مقصود للمتكلم[3].

وقد ذكرنا أمثلتها فى الكلام عن دلالة الإشارة عند الحنفية.

هذا وإذا دل اللفظ على المعنى بمنطوقه: فإما أن يكون المنطوق واحداً بمعنى أن اللفظ لم يستعمل إلا فى معنى واحد، وحينئذ فلا خلاف فى أن اللفظ يحمل على هذا المعنى عند الإطلاق ما دام لم يوجد من القرائن ما يمنعه من حمله عليه سواء أكان هذا المعنى شرعى أو عرفى أو لغوى.

أما إذا كان المنطوق متعدداً بمعنى أن اللفظ قد استعمل فى معان متعددة بعضها شرعى وبعضها عرفى، وبعضها لغوى وشاع استعماله

---

(١) رواه مسلم وأحمد ـ ينظر: صحيح مسلم ـ كتاب الصيام ـ حديث رقم ١١١١، ومسند أحمد حديث رقم ٧٧٢٧.

(٢) ينظر: تيسير التحرير ج١ ص ٩٢.

(٣) ينظر: الإحكام للآمدى ج٣ ص ٦١ وما بعدها.

فى هذه المعانى، فقد اختلف العلماء فيما يحمل عليه اللفظ من هذه المعانى على أقوال أهمها ما يأتى :

القول الأول:

وهو المختار للإمام البضاوى: أن اللفظ يحمل على المعنى الشرعى، ثم المعنى العرفى ثم المعنى اللغوى؛ وذلك لأن مقصود الشارع هو بيان الشرعيات دون غيرها فيحمل اللفظ على ما يقصده الشارع منه، ولذلك حمل قول النبى ﷺ " فى الغنم السائمة زكاة"[1] على الزكاة الشرعية دون الزكاة اللغوية، وهى النماء، فإذا تعذر الحمل على المعنى الشرعى، حمل على المعنى العرفى، أى المتعارف عليه عند التخاطب به، فلو حلف لا يدخل بيتاً فدخل مسجداً لا يحنث، وذلك إذا كان المتعارف عليه أن المسجد لا يسمى بيتاً، فهنا لا يحمل البيت على ما يشمل المسجد بل يحمل على ما عداه، وإذا تعذر المعنى العرفى، حمل اللفظ على المعنى اللغوى تصحيحاً للكلام؛ لأن عدم حمل اللفظ عليه يجعل المتكلم به لغواً، وهو بعيد عن العقلاء فضلاً عن الشارع الحكيم.

---

(١) رواه الإمام البخارى وأبو داود والنسائى والطبرانى والدارمى عن أنس وابن عمر مرفوعاً بألفاظ مختلفة ينظر: صحيح البخارى ـ ج١ ص ٢٣٧، سنن أبى داود ج٢ ص ٩٦ ـ حديث رقم ١٥٦٧ ، سنن النسائى ـ ج٤ ص ٢٨، وسنن الدارمى ج١ ص ٣٨١، وتخريج أحاديث البزدوى ص ١٣٧.

القول الثاني:

لا يحمل اللفظ على واحد من هذه المعانى، بل يكون مجملاً، ويتوقف حمله على أحدها بخصوصه حتى تقوم القرينة عليه سواء وقع اللفظ فى الإثبات أو فى النفى.

ووجه هذا القول: أن اللفظ قد استعمل فى كل منها، ولا قرينة ترجح حمله على أحدها بخصوصه دون الآخر، فكان حمله على أحدها بخصوصه ترجيحاً بلا مرجع وهو باطل[1].

(١) ينظر: منهاج العقول ــ ج١ ص ٣٠٩، وشرح العبرى على منهاج البيضاوى ــ رسالة لنيل درجة الماجستير بكلية الشريعة ــ ١٩٩١م ــ ص ٢٧٢.

الفصل الثاني

فى تعريف دلالة المفهوم وأقسامها

ويشتمل على مبحثين:

المبحث الأول : فى تعريف دلالة المفهوم

المبحث الثانى : فى أقسامها.

ويشتمل على مطلبين:

المطلب الأول: فى مفهوم الموافقة.

ويشتمل على خمس مسائل:

المسألة الأولى: تعريفه. المسألة الثانية: شرطه.

المسألة الثالثة: أقسامه من حيث الحكم. المسألة الرابعة: حكمه.

المسألة الخامسة: أقسامه من حيث القطع والظن بعلية الحكم.

المطلب الثانى: فى مفهوم المخالفة:

ويشتمل على عشر مسائل:-

المسألة الأولى : تعريفه المسألة الثانية : حجيته.

المسألة الثالثة: شروط العمل به المسألة الرابعة: أثر الاختلاف فى العمل بمفهوم المخالفة

المسألة الخامسة: أقسام مفهوم المخالفة. المسألة السادسة: مفهوم اللقب

المسألة السابعة: مفهوم الصفة المسألة الثامنة: مفهوم الشرط

المسألة التاسعة: مفهوم العدد المسألة العاشرة: مفهوم الغاية

الفصل الثاني

دلالة المفهوم

المبحث الأول

تعريف المفهوم:

المفهوم فى اللغة: المعلوم، وهو اسم مفعول مأخوذ من فهم بكسر الهاء بمعنى علم، والمراد به حصول المعنى فى ذهن السامع[1]، كما يطلق المفهوم على اللحن، وهو الفهم، ولهذا يقول الأصوليين فى مفهوم الموافقة لحن الخطاب.

وفى اصطلاح الأصوليين: أورد لها تعريفات متعددة منها ما يأتى:-

١- **عرفها ابن الحاجب بأنها:** ما يدل على اللفظ لا فى محل النطق أى يكون حكماً لغير المذكور وحالاً من أحواله[2].

٢- **وعرفها الإمام الشوكانى بأنها:** ما يدل عليه اللفظ لا فى محل النطق أى يكون حكماً لغير المذكور وحالاً من أحواله[1].

---

(١) ينظر: مختار الصحاح ــ ص ٥١٣، لسان العرب ج٢ ص ١٤١٣.

(٢) ينظر: مختصر المنتهى بشرح العضد ــ ج٢ ص ١٧١.

٣- وعرفها الشيخ محمد الفتوحى الحنبلى بأنها: ما دل عليه اللفظ فى غير محل النطق[٢].

وباستقراء ما ورد عن الأصوليين فى تعريفهم لدلالة المفهوم نجد بأنهم وإن اختلفوا فى اللفظ إلا أنهم اتفقوا فى المعنى[٣]، وعليه يمكن تعريف دلالة المفهوم بأنها: " ما دل عليه اللفظ فى غير محل النطق" وهذا ما اختاره الشيخ محمد الفتوحى الحنبلى وسوف تقتصر عليه فى الشرح والبيان فنقول:د

شرح التعريف:

قوله "ما " اسم موصول بمعنى الذى، وهو المعنى المدلول للفظ، وهو جنس فى التعريف يشمل كل مدلول للفظ، ومدلول غير اللفظ كمدلول الإشارة.

وقوله " دل عليه اللفظ" قيد أول خرج به مدلول الإشارة فإنها ليست لفظا وكذا مدلولها لم يدل عليه اللفظ بل الإشارة.

(١) ينظر: إرشاد الفحول ــ ص ٣٠٢.

(٢) ينظر: شرح الكوكب المنير ــ ج٣ ص ٤٨٠.

(٣) ينظر: تعريفات الأصوليين للمفهوم أيضا فى : المحلى على جمع الجوامع، وحاشية البنانى عليه ج١ ص ٢٤٠، والمستصفى ــ ج٢ ص ١٩١، ومنهاج العقول ــ ج١ ص ٣١١ــ وتيسير التحرير ــ ج١ ص ٩١.

وقوله " في غير محل النطق" قيد ثان خرج به المنطوق؛ لأنه في محل النطق والمراد به في غير محل التلفظ.

مثاله: تحريم ضرب الوالدين وشتمهما وحبسهما، فإن الضرب والشتم والحبس لم يذكر شيئا منها في قوله تعالى : ﴿ فلا تقل لهما أف ﴾ [1]، لكن الآية دلت على تحريم الضرب والحبس والشتم لكونها أولى بالتحريم من المحل المذكور وهو التأفيف، وعلى هذا يمكن أيضا تعريف دلالة المفهوم بأنها: دلالة اللفظ على المعنى لا في محل النطق والتلفظ بل في محل السكوت.

وتعرف هذه الدلالة بالدلالة المعنوية، كما تعرف بالدلالة الالتزامية وهي دلالة اللفظ على لازم المعنى كدلالة لفظ إنسان على الكتابة أو الضحك[2]، هذا وبعد بيان التعريف وشرحه نذكر تتمة فنقول:-

اختلف العلماء في استفادة الحكم من المفهوم مطلقا، هل هو بدلالة العقل من جهة التخصيص بالذكر، أم مستفاد من اللفظ على قولين[3]؟

الأول: وهو ما ذهب إليه أبو المعالي في البرهان من كون استفادة الحكم من "اللفظ[4].

---

(1) سورة الإسراء من الآية [٢٣].

(2) ينظر: نشر البنود ج١ ص ٩٦، الآيات البينات ج٢ ص ١٦، حاشية البناني ج١ ص ٢٤١ وتقريرات الشربيني على جمع الجوامع ج١ ص ٢٣٩.

(3) ينظر: المحصول ـ ج١ ق٢ ـ ص ٦٥٤ ، المستصفى ج٢ ص ٧٠.

(4) ينظر: البرهان ـ ج١ ص ٤٤٨.

الثانى: وهو لبعض العلماء حيث ذهبوا إلى أن استفادة الحكم بدلالة العقل.

دليل أبى المعالى : هو أن اللفظ لا يدل بذاته، وإنما دلالته بالوضع، ولا شك أن العرب لم تضع اللفظ ليدل على شئ مسكوت عنه؛ لأنه إنما يشعر به بطريق الحقيقة أو بطريقة المجاز، وليس المفهوم واحداً منهما، ولا خلاف فى أن دلالته ليست وضعية إنما هى إشارات ذهنية من باب التنبيه بشئ على شئ[1].

(١) ينظر: المرجع السابق بنفس الصفحات، وشرح الكوكب المنير ــ ج٣ ص ٤٨٠.

المبحث الثاني

أقسام دلالة المفهوم

قسم جمهور العلماء دلالة المفهوم إلى قسمين:

مفهوم موافقة.

مفهوم مخالفة.

وقبل بيان هذه الأقسام بالتفصيل نريد أن نشير إلى أن الإمام البيضاوى[1] قد خالف الجمهور فى هذا التقسيم، حيث جعل المنطوق مقصوراً على الصريح أما غير الصريح، وهو المدلول الالتزامى فى اللفظ أو دلالة الالتزام فقد جعله من قبيل المفهوم.

ولذلك فقد قسم الإمام البيضاوى دلالة المفهوم إلى ما يأتى:

١-دلالة اللفظ على لازم معنى ناشئ عن معنى لفظ مفرد، وتعرف هذه الدلالة بدلالة الاقتضاء.

٢-دلالة اللفظ على لازم معنى ناشئ عن لفظ مركب، وهذا ينقسم إلى قسمين؛ لأن حكم اللازم المسكوت عنه إن كان موافقاً لحكم الملزوم المصرح به، بأن كان حكم كل منهما الندب أو الوجوب مثلا سمى مفهوم موافقة.

---

(١) وكذا من حذا حذوه وسار على منوافه ــ ينظر : منهاج العقول ــ ج١ ص ٢١١.

وإن كان حكم اللازم يخالف حكم الملزوم، بأن كان أحدهما واجباً والآخر محرماً سمى مفهوم مخالفة.

والآن وبعد أن بينا ما يتعلق بالتقسيم عند جمهور الأصوليين والإمام البيضاوى نعود إلى بيان الأقسام السابقة بالتفصيل فنقول:

المطلب الأول

مفهوم الموافقة

المسألة الأولى: تعريفه:

هو دلالة اللفظ على إثبات حكم المنطوق به للمسكوت عنه، أى يكون المسكوت عنه موافقاً للمذكور فى الحكم نفياً أو إثباتاً.

وعرفه الآمدى بأنه: ما يكون مدلول اللفظ فى محل السكون موافقاً لمدلوله فى محل النطق[1].

وسمى مفهوم موافقة؛ لأن المسكوت عنه وافق المنطوق به فى الحكم ويسمى أيضاً بفحوى الخطاب، ولحنه ــ أى لحن الخطاب ــ فلحن الخطاب ما لاح فى أثناء اللفظ، كما يسمى بالقياس الجلى.

---

(١) ينظر: الأحكام للآمدى ج٣ ص ٦٢، والتمهيد للأسنوى ــ ص ٦٥، وتيسير التحرير ــ ج١ ص ٩٤ واللمع ــ ص ٢٥، وشرح العضد ــ ج٢ ص ١٧٢، وروضة الناظر ــ ص ٢٦٣، وفواتح الرحموت ج١ ص ٤١٤ ، ونشر البنود ــ ج١ ص ٩٥، والبرهان ــ ج١ ص ٤٩٩، والمستصفى ــ ج٢ ص ١٩١ ، وشرح تنقيح الفصول ــ ص ٥٤.

وقيل بأن الفحوى ما نبه عليه باللفظ، واللحن ما يكون محالا على غير المراد فى الأصل أو الوضع(١).

المسألة الثانية : شرطه:

يشترط للعمل بمفهوم الموافقة ما يأتى:

١- فهم المعنى من اللفظ فى محل النطق، أى أن المسكوت عنه مفهوم لغة فى الجملة من غير أن يكون موقفا على الاجتهاد.

٢- أن يفهم أن المفهوم أولى من المنطوق أو مساوٍ له.

وممن نص على هذين الشرطين القاضى أبو يعلى فى العدة وأبو الخطاب فى التمهيد(٢)، وبعضهم يسمى الأولوى بفحوى الخطاب، والمساوى بلحن الخطاب.

المسألة الثالثة : أقسامه:

ينقسم مفهوم الموافقة إلى قسمين:

الأول: أولوى، وهو ما كان المسكوت عنه أولى بالحكم من المنطوق به كضرب الوالدين وشتمهما وحبسهما، فإنها أولى بالتحريم من التأفيف المنطوق به فى قوله تعالى : ﴿ فلا تقل لهما أف ﴾ لكون الأذى فيها أبلغ وأشد من التأفيف.

---

(١) ينظر: أدب القاضى للماوردى ــ ج١ ص ٦١٧.

(٢) ينظر: المستصفى ــ ج٢ ص ١٩١، وروضة الناظر ــ ص ١٣٨، والآيات البينات ــ ج٢ ص ١٦، وحاشية البنانى ــ ج١ ص ٢٤١، والعدة ــ ج١ ص ١٥٢.

الثانى: مساو، وهو ما كان الحكم فى المسكوت عنه مساويا للحكم فى المنطوق به، كتحريم إحراق مال اليتيم أو إغراقه، فإنه مساو لتحريم أكل ماله ظلماً، والثابت بقوله تعالى : ﴿ إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلما إنما يأكلون فى بطونهم ناراً وسيصلون سعيرا ﴾ [1]، إذ العلة فى تحريم أكل مال اليتيم ظلماً هى إتلاف ماله وضياعه، وهذه العلة مساوية لعلة تحريم إحراق ماله أو إغراقه، فتحريم إحراق مال اليتيم أو إغراقه للإتلاف وضياع المال، فكما يتحقق هذا بالأكل يتحقق كذلك بالإحراق أو الإغراق؛ لأن كلا من الأكل والإحراق والإغراق مضيعة للمال والمقصود به هو المحافظة على مال اليتيم[2]، هذا وقد يكون الحكم فى المسكوت عنه أدنى من المنطوق به كدلالة قوله تعالى : ﴿ ومن أهل الكتاب من إن تأمنه بقنطار يؤده إليك ﴾ [3]، على تأدية ما دون القنطار، قال الآمدى: والدلالة فى جميع ما تقدم لا تخرج عن أن تكون من قبيل التنبيه بالأدنى على الأعلى وبالأعلى على الأدنى[4]، وزاد بعض العلماء والتنبيه على المساوى فى الحكم[5].

---

(١) سورة النساء من الآية [١٠].

(٢) ينظر: جمع الجوامع ــ ص ٢٤١.

(٣) سورة آل عمران : آية [٧٥].

(٤) ينظر: الإحكام للآمدى ــ ج ٢ ص٦٢ ، والمسودة ــ ص ٣٤٦.

(٥) ينظر: إرشاد الفحول ــ ص ٣٠٢ــ ٣٠٣.

المسألة الرابعة: حكمه:

مفهوم الموافقة حجة، قال ابن مفلح: ذكره بعضهم إجماعاً، لتبادر فهم العقلاء إليه، واختلف النقل عن داود الظاهري[١].

وقال الآمدي: اتفق أهل العلم على صحة الاحتجاج به إلا ما نقل عن داود الظاهري أنه قال ليس بحجة، ودليل كونه حجة : أنه إذا قال السيد لعبده: لا تعط زيداً حبة، ولا تقل له أف، ولا تظلمه بذرة، فإنه يتبادر إلى الفهم من ذلك امتناع إعطاء ما فوق الحبة، وامتناع الشتم والضرب، وامتناع الظلم بالدينار وما زاد.. .. وكذا لامتناعه من أكل ما زاد على اللقمة كالرغيف، وشرب ما زاد على الجرعة[٢].

هذا وبعد اتفاق الجمهور على حجية مفهوم الموافقة ، وقع خلاف بينهم في أن مستند الحكم في محل السكوت هل هو فحوى الدلالة اللفظية أو الدلالة القياسية؟

اختلف العلماء في ذلك على قولين :

الأول: وهو أن دلالته لفظية أي أن مستند الحكم في محل السكوت هو فحوى الدلالة اللفظية، وهذا ما عليه الحنفية[٣] والمالكية[٤] وبعض

---

(١) ينظر: المسودة ــ ص ٣٤٦.

(٢) ينظر: الإحكام للآمدي ــ ج٣ ص ٦٣، ٦٤، وشرح الكوكب المنير ــ ج٣ ص ٤٨٣.

(٣) ينظر: تيسير التحرير ــ ج١ ص ٩٤، وفتح الغفار ــ ج ٢ ص ٤٥، وكشف الأسرار ــ ج١ ص ٧٢، وفواتح الرحموت ــ ج١ ص ٤٠٨، أصول السرخسي ــ ج١ ص ٢٤١.

(٤) ينظر: شرح العضد على مختصر بن الحاجب ــ ج٢ ص١٧٢، ونشر البنود ــ ج٣ ص ٩٦.

الشافعية ، ونص عليه الإمام أحمد بن حنبل، وحكاه ابن عقيل عن الحنابلة[١]، كما أنه اختيار لجماعة من المتكلمين[٢].

هذا وقد اختلف أصحاب هذا القول فيما بينهم في أنه: هل المسكوت عنه فهم من القرائن الخارجية والسياق أم بطريق الإلتزام؟

فذهب الإمام الغزالى[٣] والآمدى[٤]: إلى أن الصحيح أنه فهم من السياق والقرائن، والمراد بالقرائن هنا: المفيدة للدلالة على المعنى الحقيقة لا المانعة من إدارته؛ لأن قوله تعالى : ﴿ فلا تقل لهما أف ﴾ ونحوه من مستعمل فى معناه الحقيقة غايته أنه علم منه حرمة الضرب والشتم والحبس بقرائن الأحوال وسياق الكلام، واللفظ لا يصير بذلك مجاز كالتعريض.

وذهب بعض العلماء: إلى أن اللفظ حقيقة عرفية فى المعنى الالتزامى الذى هو الضرب.

قال الكروانى عن هذا القول: إنه باطل؛ لأن المفردات مستعملة فى معانيها اللغوية[٥].

---

(١) ينظر: روضة الناظر وجنة المناظر ــ ص ٢٦٣، المسودة ص ٣٤٦.

(٢) ينظر: إرشاد الفحول ــ ص ٣٠٣.

(٣) ينظر: المستصفى ــ ج٢ ص ١٩٠.

(٤) ينظر: الإحكام للآمدى ــ ج٣ ص ٦٧.

(٥) ينظر: شرح الكوكب المنير ــ ج٣ ص ٤٨٤، ٤٨٥.

الثانى:

هو أن دلالته قياسية، وهذا ما عليه الإمام الشافعى والقفال الشاشى ونقله الهندى فى النهاية عن الأكثرين[1].

الأدلة

استدل أصحاب القول الأول بما يأتى:

١- قالوا إن العرب إنما وضعت هذه الألفاظ للمبالغة فى التأكيد للحكم فى محل السكوت، وأنها أفصح من التصريح بالحكم فى محل السكوت، ولهذا فإنهم إذا قصدوا المبالغة فى كون أحد الفرسين سابقاً على الآخر، قالوا هذا الفرس لا يلحق غبار هذا الفرس، وكان هذا عندهم أبلغ من قولهم هذا الفرس سابق لهذا الفرس، وكذلك إذا قالوا: فلان يأسف بشم رائحة مطبخه، فإنه أفصح عندهم وأبلغ من قولهم فلان لا يطعم ولا يسقى[2].

٢- قالوا أيضاً إنه يفهم لغة قبل شرع القياس، ولا ندرج أصله فى فرعه نحو لا تعطيه ذرة[3]، ويشترك فى فهمه اللغوى وغيره بلا قرينة.

---

(١) ينظر: الإحكام للآمدى ــ ج٣ ص ٦٧، وشرح العضد ــ ج٢ ص ١٧٣، والمحلى على جمع الجوامع ــ ج٢ ص ٢٤٢، واللمع ص ٢٥.

(٢) ينظر: الإحكام للآمدى ــ ج٣ ص ٦٤.

(٣) فيدل على عدم إعطاء الأكثر إذ الذرة داخله فى الأكثر ــ ينظر: شرح العضد ــ ج٢ ص ١٧٢.

واستدل أصحاب القول الثاني بما يأتي:

قالوا إنا لو قطعنا النظر عن المعنى الذى سيق له الكلام من كف الأذى عن الوالدين وعن كونه فى الشتم والضرب أشد منه فى التأفيف، لما قضى بتحريم الشتم والضرب إجماعاً، فالتأفيف أصل ، والشتم والضرب فرع، ودفع الأذى علة والتحريم حكم، ولا معنى للقياس إلا هذا[1].

وأجيب عن هذا الاستدلال بما يأتى:

أن العارف باللغة يفهم من النهى عن كلمة " أف " فى الآية الكريمة مثل ما يفهم من النهى عن جميع أنواع الأذى بمجرد سماع هذه الكلمة دون حاجة إلى نظر واستنباط وتطمئن نفسه إلى أن الشارع متى نهى عن التأفيف فقد نهى عن جميع أنواع الأذى وهذا القدر كاف فى اعتبار هذه الدلالة لفظية لا قياسية.

نوع الخلاف فى هذه المسألة:

يرى بعض العلماء أن النزاع فى كون الدلالة لفظية أم قياسية نزاع لفظى؛ لأن الكل متفقون على اعتبار هذا النوع من الدلالة على الحكم سواء سموه مفهوم الموافقة أو دلالة النص.

---

(١) ينظر: الإحكام للآمدى ــ ج٣ ص ٦٤.

أما من نظر إلى أن إلحاق المسكوت بالمنطوق إلحاق فرع بـأصل لاشتراكهما فى علة جامعة بينهما، اعتبروه قياساً جلياً، ومن هـذا قيل الخلاف بينهما يعد لفظى، قال السعد بعد ذكر خلاف العلماء فـى هـذا الموضوع.

والحق أن النزاع لفظى، ونقل الجلال المحلى عن الصفى الـهندى أنه لا تنافى بينهما؛ لأن المفهوم مسـكوت، والقيـاس إلحـاق مسـكوت بمنطوق[1]، ولهذا جعل الإمام البيضاوى هذه الدلالة مفهوماً تارة وقياسـاً تارة أخرى[2].

المسألة الخامسة : أقسام مفهوم الموافقة:

قسم الأصوليون مفهوم الموافقة إلى قسمين:

١- قسم قطعى:

وهو ما قطع فيه بعلية الحكم فى المنطوق به وفى المسكوت عنـه، ومثاله ما ذكرنا من آية التأفيف حيث علمنا من سياق الآيـة أن حكمـة تحريم التأفيف إنما هو دفع الأذى عن الوالدين، وأن الأذى فى الضـرب والشتم والحبس أشد.

وأيضاً من الأمثلة: ما احتج به الإمام أحمد ــ رحمه الله ــ فـى رهن المصحف عند الذمى بنهى النبى ﷺ عن السفر بالقرآن إلـى أرض

(١) ينظر: حاشية السعد على المختصر ــ ج٢ ص ١٧٣، وجمع الجوامع ــ ج١ ص ٢٤٥.

(٢) ينظر: نهاية السول ــ ج١ ص ٣١١.

العدو، مخافة أن تناله أيديهم"[1]، فهذا قاطع، قال الشيخ تقى الدين بن تيمية: لأنه إذا نهى عما قد يكون وسيلة إلى نيلهم إياه، فهو عن إنالتهم إياه أنهى وأنهى[2].

وقال بعض العلماء فى تفسير القطعى: كون التعليل بالمعنى وكونه أشد مناسبة للفرع، وكونهما قطعتين[3].

٢-قسم ظنى: وذلك كما فى قوله تعالى : ﴿ ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ﴾ [4]، فإنه وإن دل على وجوب الكفارة فى القتل العمد، لكونه أولى بالمؤاخذة كما يقوله الشافعى، غير أنه ليس بقطعى لإمكان أن لا تكون الكفارة فى القتل الخطأ موجبة بطريق المؤاخذة لقوله ﷺ :" إن الله وضع عن أمتى الخطأ والنسيان "[5]، والمراد به رفع المؤاخذة، بل نظراً للخاطئ بإيجاب ما يكفر ذنبه فى تقصيره ومن ذلك سميت كفارة،

---

(١) أخرجه البخارى ومسلم وأبو داود وابن ماجه ومالك وأحمد عن ابن عمر رضى الله عنهما، مرفوعاً ينظر: صحيح البخارى ــ ج٤ ص ١٨، وصحيح مسلم ـ ج٢ ص ١٤٩، وبذل المجهود ــ ج١٢ ص ١١٢، وسنن ابن ماجة ــ ج٢ ص ٩٦١، وموطأ مالك ج٢ ص ٤٤٦، ومسند أحمد ــ ج٢ ص ٦٣.

(٢) ينظر: المسودة ــ ص ٣٤٧.

(٣) ينظر: الإحكام للآمدى ــ ج٣ ص ٦٥.

(٤) سورة النساء من الآية [٩٢].

(٥) رواه ابن ماجه والحاكم وابن حبان والبرانى عن ثوبان بألفاظ مختلفة ــ ينظر : سنن ابن ماجة ــ كتاب الطلاق ــ حديث رقم ٢٠٤٣، وفيض القدير ــ ج٤ ص ٣٤، وكشف الخفا ــ ج١ ص ٤٣٣ــ وتخريج أحاديث أصول البزدوى ص ٣٩.

وجناية المتعمد فوق جناية المخطئ، وعند ذلك فلا يلزم من كون الكفـارة رافعة لإثم أدنى الجنايتين أن تكون رافعة لإثم أعلاها[1].

(١) ينظر: الإحكام للآمدي ـ ج٣ ص ٦٥، ٦٦.

المطلب الثانى

مفهوم المخالفة

المسألة الأولى

تعريفه

هو دلالة اللفظ على ثبوت نقيض حكم المنطوق به للمسكوت عنه[1].

وعرفه الآمدى بأنه:

هو ما يكون مدلول اللفظ فى محل السكوت مخالفا لمدلوله فى محل النطق[2]، وسمى مفهوم مخالفة؛ لأن حكم المسكوت عنه مخالفة لحكم المنطوق به كما يسمى دليل الخطاب، وإنما سمى بذلك لأن دلالته من جنس دلالات الخطاب أو لأن الخطاب دال عليه، أو لمخالفته منظوم الخطاب.

مثاله: قول النبى ﷺ :" مطل الغنى ظلم" [3]، فقد دل بمنطوقه على تحريم مطل الغنى، وهو امتناعه عن الوفاء بالدين إلى الدائن مع قدرته

---

(١) ينظر: البرهان ــ ج١ ص ٤٤٩، وفواتح الرحموت ــ ج١ ص ٤١٤، والمستصفى ــ ج٢ ص ١٩١، وشرح تنقيح الفصول ــ ص ٥٣، ومنهاج العقول ــ ج١ ص ٣١٢.

(٢) ينظر : الإحكام للآمدى ــ ج٣ ص ٦٦.

(٣) رواه البخارى ومسلم وأبو داود والترمذى وابن ماجه وأحمد ــ ينظر: صحيح البخارى ــ كتاب الحوالة حديث رقم ٢٢٨٧، وكتاب الاستقراض وأداء الديون ــ حديث رقم ٢٤٠٠، وصحيح مسلم ــ ج٣ ص ١١٩٧، وسنن أبى داود ــ ج٢ ص ٢٢٢، وتحفة الأحوذى ــ ج٤

على الوفاء، ودل بمفهومه، أن مطل الفقير ليس بظلم، أى امتناعه عن الوفاء بالدين إلى الدائن ليس بظلم، لانتفاء الوصف الذى قيد حكم المنطوق به وهو الغنى.

المسألة الثانية

حجية مفهوم المخالفة

مفهوم المخالفة إما أن يكون وارداً فى كلام الناس وعبارات المؤلفين وإما أن يكون وارداً فى النصوص الشرعية من الكتاب والسنة، فإذا ورد مفهوم المخالفة فى كلام الناس وتصرفاتهم وسائر عباراتهم، فلا نزاع بين الأصوليين فى الاحتجاج به نزولاً على حكم العرف والعادة إذ جرت العادة على أنهم لا يقيدون كلامهم بقيد من هذه القيود إلا لفائدة، وهذه الفائدة هى ثبوت الحكم عند تحقق القيد، وانتفاؤه عند انتفائه، وإلا لكان الاتيان به عبثا، والعبث يجب أن يصان عنه كلام العقلاء أما إذا ورد مفهوم المخالفة فى النصوص الشرعية فقد اختلف العلماء فى اعتبار مفهوم المخالفة دليلاً يحتج به على مذهبين:

الأول: وهو لجمهور الأصوليين وكثير من الفقهاء، وهؤلاء يرون أن مفهوم المخالفة حجة فى دلالته على الأحكام، وهذه الحجية تثبت لجميع أنواع مفاهيم المخالفة إلا مفهوم اللقب.

ص ٥٣٥، وسنن ابن ماجه ــ ج٢ ص ٨٠٢، ومسند أحمد ــ ج٢ ص ٧٢، والموطأ ٤١٨، وسنن النسائى ــ كتاب البيوع ــ حديث رقم ٤٦٩١.

الثاني: ما ذهب إليه الحنفية وبعض العلماء، وهؤلاء يرون أن مفهوم المخالفة ليس حجة فى كلام الشرع، وهذا المذهب حكاه أيضاً الشيخ أبو اسحاق فى شرح اللمع عن القفال الشاشى وأبى حامد المروزى[١].

الأدلة:

استدل أصحاب المذهب الأول بما يأتى:

١- أن أئمة اللغة عملوا بمفهوم المخالفة، فقد جاء أن أبا عبيد القاسم بن سلام من أهل اللغة قد فهم مفهوم المخالفة من قوله ﷺ : " لى الواجد ظلم يحل عرضه وعقوبته"[٢].

٢- ما روى عن قتادة أنه قال: لما نزل قوله تعالى : ﴿ استغفر لهم أو لا تستغفر لهم إن تستغفر لهم سبعين مرة فلن يغفر الله لهم ﴾ [٣]، قال النبى ﷺ :" قد خيرنى ربى فوالله لأزيدن على السبعين"[٤] فقد فهم النبى ﷺ أن ما زاد على السبعين يكون له حكم مخالف للمنطوق.

---

(١) ينظر: إرشاد الفحول للشوكانى ــ ص ٣٠٣، والإحكام للآمدى ــ ج٣ ص ٦٧.

(٢) رواه الإمام أحمد وأبو داود والنسائى وابن ماجه، ينظر: مسند الإمام أحمد ــ ج ٤ / ٢٢٢، وبذل المجهود ــ ج ١٥، ص ٣١٤، وسنن النسائى ــ ج٧ ص ٢٧٨، سنن ابن ماجه ــ ج٢ ص ٨١١.

(٣) سورة التوبة من الآية : [٨٠].

(٤) رواه الإمام البخارى والنسائى ــ ينظر : صحيح البخارى ــ ج٦ ص ٨٦ ، وسنن النسائى ــ ج٤ ص ٥٤.

٣- أن الصحابة عملوا بمفهوم المخالفة حيث اتفقوا على أن قوله ﷺ :" إذا التقى الختانان فقد وجب الغسل"[١]، ناسخ لقوله ﷺ :" الماء من الماء" [٢]، ولولا أن قوله الماء من الماء يدل على نفى الغسل من غير إنزال لما كان ناسخاً له.

٤- قالوا أيضاً: إن الألفاظ كما تدل بمنطوقها ومفهومها الموافق، تدل أيضاً بمفهومها المخالف، وأن فائدة التخصيص بالذكر فى مفهوم المخالفة، إنما هى نفى مثل حكم المنطوق فى محل السكوت[٣].

أدلة أصحاب المذهب الثانى:

استدل الأحناف ومن تبعهم على ما ذهبوا إليه بما يأتى:

أنه لو كان الحكم المستفاد من مفهوم المخالفة ثابتاً لما ثبت خلافه واللازم بطل؛ لأنه قد ثبت فعلاً خلافه كما فى قوله تعالى : ﴿ إن عدة الشهور عند الله اثنى عشر شهرا فى كتاب الله يوم خلق السموات والأرض منها أربعة حرم ذلك الدين القيم فلا تظلموا فيهن أنفسكم ﴾ [٤]،

---

(١) رواه الترمذى ـ كتاب الطهارة ـ حديث رقم ١٠٩ ، سنن ابن ماجه ـ كتاب الطهارة وسننها ـ حديث ٦٠٨.

(٢) صحيح مسلم ـ كتاب الحيض ـ حديث رقم ٣٤٣، الترمذى ـ كتاب الطهارة ـ حديث ١١٠، سنن أبى داود ـ كتاب الطهارة ـ حديث ٢١٥.

(٣) ينظر : شرح العضد على المختصر ـ ج٢ ص ١٨٠، المستصفى ـ ج٢ ص ٢٠٥، تيسير التحرير ـ ج١ ص ١٠٠.

(٤) سورة التوبة من الآية : [٣٦].

فدل هذا النص بمنطوقة على أن الظلم حرام فى الأشهر الأربعة، فلو أخذنا بمفهوم المخالفة لقلنا أن الظلم مباح فى غيرها من أشهر السنة، ولو ثبت هذا ما ثبت خلافه بالفعل؛ لأن الظلم حرام فى جميع الأزمان سواء أكان فى الأشهر الأربعة أم فى غيرها.

وفى قوله تعالى : ﴿ ولا تقتلوا أولادكم خشية إملاق نحن نرزقهم وإياكم إن قتلهم كان خطئا كبيراً ﴾ (١)، فهذه الآية دلت بمنطوقها الصريح على تحريم قتل الأولاد حالة الخوف من الفقر، ولو أننا أخذنا بمفهوم المخالفة لقلنا بجواز القتل عند انتفاء خشية الإملاق ـ وهو الفقر ـ وذلك بالغنى، ولو كان هذا ثابتا ما ثبت خلافه لكن اللازم باطل حيث إن الحكم هو تحريم قتل الأولاد فى جميع الأحوال(٢).

٢- ليس مطرداً فى الأساليب العربية نفى الحكم عند نفى القيد الذى قيد به الحكم بل كثيراً ما ترد العبارة مقيدة بقيد، ويتردد السامع فى فهم حكم ما انتفى فيه القيد ويسأل المتكلم عنه، ولا ينكر عليه السؤال، فمن قال: إذا سافرت العام الماضى غنمت لا ينكر على سامعه إذا استفهم عما إذا سافر هذا العام، وإذا كان نفى الحكم غير مقطوع به فلا يكون النص الشرعى حجة عليه؛ لأن النصوص الشرعية يجب الاحتياط فى الاحتجاج بها.

---

(١) سورة الإسراء آية : [٣١].

(٢) ينظر: تيسير التحرير ـ ج١ ص ١٣١ ، والإحكام للآمدى ـ ج٢ ص ٦٨.

هذا وبعد بيان مذاهب العلماء فى حجية مفهوم المخالفة، فنحن نرى أن مفهوم المخالفة لا يعمل به إلا إذا لم يظهر للمذكور فائدة إلا ثبوت نقيض حكم المذكور للمسكوت عنه.

تنبيه:

قال الإمام الشوكانى:

اختلف المثبتون للمفهوم فى مواضع:

أحدها: هل هو حجة من حيث اللغة أو الشرع، وفى ذلك وجهان للشافعية، حكاها الماوردى والرويانى، قال ابن السمعان : والصحيح أنه حجة من حيث اللغة وقال الفخر الرازى: لا يدل على النفى بحسب اللغة لكنه يدل عليه بحسب العرف العام، وذكر فى المحصول فى باب العموم أنه يدل عليه العقل.

الموضع الثانى:

اختلفوا أيضاً فى تحقيق مقتضاه هل يدل على نفى الحكم عما عدا المنطوق به مطلقا سواء كان من جنس المثبت أو لم يكن، أو تختص دلالته بما إذا كان من جنسه فإذا قال: " فى الغنم السائمة الزكاة"[1]، فهل نفى الزكاة عن المعلوفة مطلقاً سواء كانت من الإبل أو البقر أو الغنم أو هو مختص بالمعلوفة من الغنم، وفى ذلك وجهان حكاهما الشيخ أبو حامد

---

(١) تقدم تخريجه.

الاسفرائيني، والشيخ أبو إسحاق الشيرازى وسليم الرازى وابن السمعانى والفخر الرازى، قال الشيخ أبو حامد : والصحيح تخصيصه بالنفى عن معلوفة الغنم فقط، قلت : هو الصواب.

الموضع الثالث:

هل المفهوم المذكور يرتقى إلى أن يكون دليلاً قاطعاً أو لا يرتقى إلى ذلك ؟ قال إمام الحرمين الجوينى: إنه يكون قاطعاً، وقيل : لا .

الموضع الرابع:

إذا دل الدليل على إخراج صورة من صور المفهوم ، فهل يسقط المفهوم بالكلية أو يتمسك به فى البقية، وهذا يمشى على الخلاف فى حجية العموم إذ خص .

الموضع الخامس:

هل يجب العمل به قبل البحث عما يوافقه أويخالفه من منطوق أو مفهوم آخر، فقيل: حكمه حكم العمل بالعام قبل البحث عن المخصص، وحكى القفال الشاشى فى ذلك وجهين(١).

هذا وقد اكتفينا فى هذه المواضع بما ورد عن الإمام الشوكانى، وذلك لما تمليه طبيعة البحث الذى نحن بصدده، حيث إن المجال لا يتسع للإطناب فيها.

---

(١) ينظر: إرشاد الفحول ــ ص ٣٠٣ ، ٣٠٤.

المسألة الثالثة

شروط العمل بمفهوم المخالفة عند الجمهور

من قال بحجية مفهوم المخالفة لم يقرر هذا على الاطلاق، وإنما اشترط لصحة الاحتجاج به توافر شروط معينة بعضها راجع للمسكوت عنه، وبعضها راجع للمذكور ـ أى المنطوق به.

أولاً: ما يرجع للمسكوت عنه من شروط وهى كالآتى:

١- ألا تظهر أولوية المسكوت عنه بالحكم من المذكور أو مساواته له فى الحكم، إذ لو ظهرت فيه أولوية أو مساواة، لكان حينئذ مفهوم موافقة[١] كتحريم الضرب أو الشتم أو الحبس الذى هو مفهوم قوله تعالى: ﴿ فلا تقل لهما أف ﴾ [٢]، والحكم هنا ثابت بدلالة النص، وكتحريم إحراق مال اليتيم الذى هو مفهوم قوله تعالى: ﴿ إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً إنما يأكلون فى بطونهم ناراً وسيصلون سعيراً ﴾ [٣] فإن الحكم هنا ثابت بالقياس.

٢- أن لا يعود العمل به على الأصل ـ الذى هو المنطوق ـ بالإبطال[٤] كحديث " لا تبع ما ليس عندك"[١] لا يقال مفهومه صحة

---

(١) ينظر: فواتح الرحموت ـ ج١ص ٤١٤، شرح العضد على مختصر المنتهى ـ ج٢ص ١٧٤.

(٢) سورة الإسراء من الآية : [٢٣].

(٣) سورة النساء من الآية : [١٠].

(٤) ينظر: اللمع ـ ص ٢٦.

بيع الغائب إذا كان عنده، إذ لو صح فيه لصح فى المذكور، وهو الغائب الذى ليس عنده؛ لأن المعنى فى الأمرين واحد، ولم يفرق الإمام أحمد بينهما.

ثانيا: ما يرجع إلى المذكور ــ أى المنطوق به ــ من شروط:

وهى كلآتى:

١- ألا يكون المذكور قد قصد به الامتنان ــ أى لا يكون المنطوق قد ذكر لزيادة امتنان على المسكوت عنه، ــ نحو قوله تعالى : ﴿ وهو الذى سخر البحر لتأكلوا منه لحما طرياً ﴾ [٢]، فهذا الوصف وهو " طريا " قصد به الامتنان، فلا يدل على منع القديد من لحم ما يؤكل مما يخرج من البحر كغيره[٣].

٢- أن لا يكون المنطوق قد خرج لبيان حكم حادثة اقتضت بيان الحكم فى المذكور كما روى أن النبى ﷺ مر بشاة لميمونة فقال :" دباغها طهورها"[٤]،[١] ومن هذا أيضاً قوله تعالى : ﴿ لا تأكلوا الربا أضعافاً

(١) أخرجه أبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجه عن حكيم ابن حزام مرفوعاً ، ينظر: بذل المجهود ج١٥ ص ١٧٨، وسنن النسائى ج٧ ص ٢٥٤، وسنن ابن ماجه ج٢ ص ٧٣ وشرح السنة للبغوى ج٨ ص ١٤٠.

(٢) سورة النحل من الآية : [١٤].

(٣) ينظر: شرح الكوكب المنير ــ ج٣ ص ٤٩٣.

(٤) ينظر: تيسير التحرير ــ ج١ ص ٩٩، والمحلى على جمع الجوامع وحاشية البنانى عليه ــ ج١ ص ٢٤٦ ، ونشر البنود ــ ج١ ص ٩٩، ومنهاج العقول ــ ج١ ص ٣١٦، والآيات البينات ج١ ص ٢٤، وإرشاد الفحول ص ٣٠٥.

مضاعفة ﴾ [٢]، إذ لا مفهوم للأضعاف؛ لأنه جاء على النـــهى عمـــا كانوا يتعاطونه بسبب الآجال، حيث كان الواحد منهم إذا حــــل دينـــه يقول للمدين إما أن تعطى وإما أن تربى، فيتضاعف بذلك أصل دينـــه مراراً كثيرة، فنزلت الآية لذلك.

٣- أن لا يكون المنطوق قد ذكر لتقدير جهل المخاطب به دون جهلـــه بالمسكوت عنه، بأن يكون المخاطب يعلم حكم المعلوفة ويجهل حكـــم السائمة، فيذكر له، كما لو قيل بحضرة النبى ﷺ " لزيد غنم ســـــائمة" فقال: فى السائمة الزكاة، إذ القصد الحكم على تلك الحادثة لا النفـــى عما عداها.

٤- أن لايكون المذكور قد خرج مخرج الغالب، فإن كان كذلــــك فـــلا يعتبر مفهومه نحو قوله تعالى: ﴿ وربائبكم اللاتى فى حجوركم مـــــن نسائكم اللاتى دخلتم بهن ﴾ [٣] فإن تقييد تحريم الربيبة بكونـــــها فـــى

---

(١) رواه الإمام أحمد وأبو داود والنسائى ومسلم ـ ينظر: مسند أحمـــد ج٤ ص ٣٢٩، ٣٣٤، وسنن أبى داود ــ ج٢ص ٣٨٧، وسنن النسائى ج٧ ص ١٥٤، وصحيح مسلم بشرح النووى ج٤ ص ٥٣.

(٢) سورة آل عمران من الآية :[١٣٠]

(٣) سورة النساء من الآية : [٢٣].

حجره ــ لكونه الغالب ــ لا يدل على حل الربيبة التــي ليــس فــي حجره عند جماهير العلماء[1].

٥- أن لا يكون المنطوق قد خرج مخرج تفخيم، كحديــث: " لا يحــل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث إلا علــى زوج أربعة أشهر وعشرا"[2]،[3] فقيد الإيمان للتفخيم فى الحـــد، وأن هذا لا يليق بمن كان مؤمناً.

٦- ألا يعارض ما هو أرجح منه، فإن عارضه دليل أقوى منه عمل به وترك كقوله تعالى: ﴿ فليس عليكم جناح أن تقصروا من الصـــلاة إن خفتم أن يفتنكم الذين كفروا ﴾ [4] فهذه الآية قيدت قصر الصلاة بحالة الخوف ودلت بمفهوم المخالفة على عدم قصر الصلاة فى حالة الأمن إلا أن هذا المفهوم عورض بمنطوق يبين الرخصة عامة فى الأمـــن والخوف، ويدل على ذلك ما جاء أن يعلى بن أمية توقف فـــى هــذه الآية، فسأل عمر ﷺ قائلاً له كيف نقصر فى حالة الأمن، والله تعــالى

(١) ينظر: أحكام القرآن لابن العربى ــ ج١ ص ٣٧٨، وفتح القدير للشوكانى ــ ج١ ص ٤٤٥، والبرهان ــ ج١ ص ٤٧٧، وتيسير التحرير ج١ ص ٩٩، وفواتح الرحمـــوت ــ ج ١ ص ٤١٤.

(٢) ينظر: فواتح الرحموت ــ ج١ ص ٤١٤.

(٣) أخرجه : البخارى ومسلم وأبو داود والترمذى والنسائى ومالك فى الموطأ عن أم حبيبـــة ــ رضى الله عنها ــ مرفوعاً ــ ينظر: صحيح البخارى ــ ج٧ ص ٧٦، صحيح مسـلم ــ ج٢ ص ١١٢٤، وبذل المجـــهود ــ ج١١ ص ٥٩ ، وعارضـــة الأحـــوذى ــ ج ٥ ص ١٧٢، والموطأ ج٢ ــ ص ٥٩٧، وسنن النسائى ــ ج٦ ص ١٦٧.

(٤) سورة النساء من الآية : [١٠١].

يقول : ﴿ وإذا ضربتم فى الأرض ﴾ ، فقال عمر له: والله لقد عجبت مما عجبت منه فسألت: رسول الله ﷺ فقال: " صدقة تصدق الله بها عليكم، فاقبلوا صدقته"[1]، ولا شك أن المنطوق أقوى من المفهوم فيقدم عليه ويكون حكم القصر فى حالة عدم الخوف ثابتا بالمنطوق لا بالمفهوم.

٧- ألا يكون المنطوق ذكر لرفع خوف ونحوه عن المخاطب، كقولك لمن يخاف من ترك الصلاة الموسعة " تركها فى أول الوقت جائز" ليس مفهومه عدم الجواز فى باقى الوقت، وهكذا إلى أن يتضايق الوقت[2].

هذا ما وقفنا عليه من شروط العمل بمفهوم المخالفة عند القائلين به، ونرى أن الضابط لهذه الشروط وما فى معناها أن لا يظهر لتخصيص المنطوق بالذكر فائدة غير نفى الحكم عن المسكوت عنه.

---

(١) رواه الإمام مسلم والترمذى والنسائى وأبو داود ــ ينظر : صحيح مسلم ــ كتاب صلاة المسافرين ــ حديث رقم ٦٨٦، وسنن الترمذى ــ كتاب تفسير القرآن ــ حديث رقم ٣٠٣٤، وسنن النسائى ــ كتاب قصر الصلاة فى السفر ــ حديث رقم ١٤٣٣، وسنن أبى داود ــ كتاب الصلاة حديث رقم ١١٩٩.

(٢) ينظر: تيسير التحرير ــ ج١ ص ٩٩، والآيات البينات ــ ج٢ ص ٢٣، والمحلى على جمع الجوامع وحاشية البنانى عليه ــ ج١ ص ٢٤٥، ونشر البنود ــ ج١ ص ٩٨.

المسألة الرابعة

أثر الاختلاف في العمل بمفهوم المخالفة

يظهر أثر اختلاف الفقهاء فى العمل بمفهوم المخالفة فـــى بعــض الفروع الفقهية والتى منها ما يأتى:

وجوب النفقة للبائن غير الحامل:

ذهب جمهور الفقهاء من الشافية والمالكية والحنابلـــة إلـــى عــدم وجوب النفقة لغير الحامل عملاً بمفهوم المخالفة فى قوله تعــالى : ﴿ وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن ﴾ [1].

فإن هذا النص قد دل بمنطوقه على وجوب النفقة للحامل، حيـــث جــاء الإنفاق مشروط بكون المرأة حاملاً، فإذا انتفى هذا الشرط ثبــت نقيــض هذا الحكم، وهو ما ذهب إليه الجمهور.

وذهب الحنفية إلى وجوب النفقة للمطلقة ثلاثا سواء أكانت حــاملاً أو غير حامل غير آخذين بمفهوم المخالفة[2].

(١) سورة الطلاق من الآية: [٦].

(٢) ينظر: تيسير التحرير ــ ج١ ص ١٠٠، وروضة الناظر ــ ٢٧٣، والتمهيد للأسنوى ــ ص ٢٤٨، وشرح تنقيح الفصول ــ ص ٢٧٠، وشرح العضد ــ ج٢ ص ١٨.

إجبار الأب ابنته البكر البالغة على الزواج:

حيث ذهب الإمام الشافعي ومالك وأحمد في روايتيه إلى أن للأب إجبار ابنته البكر البالغة على الزواج عملا بمفهوم المخالفة في الحديث، وهو قوله ﷺ :" الثيب أحق بنفسها من وليها "[(١)].

وذهب أبو حنيفة إلى أنه ليس للأب إجبار ابنته البكر البالغة على الزواج، ولم يأخذ بمفهوم المخالفة لعدم حجيته عنده.

٣-جواز نكاح الأمة عند عدم طول[(٢)] الحرة:

قال الله تعالى : ﴿ ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فمن ما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات﴾[(٣)].

تدل بمنطوقها على جواز نكاح الأمة عند عدم المقدرة على طول الحرة، لكن هل تدل على المنع من نكاح الأمة مع المقدرة على طول الحرة؟

ذهب الأحناف إلى جواز ذلك؛ لأنهم لم يأخذوا بمفهوم المخالفة[(٤)].

---

(١) أخرجه الإمام مسلم والنسائي ومالك عن ابن عباس ــ رضي الله عنهما ــ مرفوعا ــ ينظر : صحيح مسلم ج٢ ص ١٠٣٧، سنن النسائي ج٦ ص ٧٠ ، والموطأ ــ ج٤ ص ٥٢٤.

(٢) الطول : عدم ملك الزيادة في المال الذي به يملك نكاح الحرة، فهو الفضل والغنى، ينظر : لسان العرب ج٤ ص ٢٧٢٨.

(٣) سورة النساء من الآية: [٢٣].

(٤) ينظر: الهداية ــ ج١ ص ١٩٤، وبدائع الصنائع ــ ج٥ ص ١٦٤.

(٢) هل الزنا يوجب حرمة المصاهرة؟

الزنا يوجب حرمة المصاهرة عند الأحناف ومن تبعهم، وعند الشافعى لا يوجبها؛ لأن حرمة الربيبة بوصف أنها من نسائنا فى قوله تعالى:﴿ وربائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم﴾[١]،[٢].

(٣) المرأة إذا ابتغت من كلمات اللعان ، هل تحد؟

ذهب الحنفية إلى أن المرأة لو ابتغت من كلمات اللعان لا تحد، وذلك لعدم الأخذ بمفهوم المخالفة، وذهب الشافعى إلى أنها تحد[٣]؛ لأن درء الحد عنها مقيد بها فى قوله تعالى : ﴿ ويدرأ عنها العذاب ﴾ [٤].

المسألة الخامسة

أقسام مفهوم المخالفة

قال الآمدى: ينقسم مفهوم المخالفة عند القائلين به إلى عشرة أصناف متفاوتة فى القوة والضعف[٥]، وكذلك ورد عن الإمام الشوكانى مثل ما ورد عن الآمدى[٦].

---

(١) سورة النساء من الآية : [٢٣].

(٢) ينظر: بدائع الصنائع ــ ج٢ ص ٢٦٠، فتح القدير ج٢ ص ٣٦٥، والمغنى مع الشرح الكبير ــ ج٦ ص ٥٧٧، والشرح الكبير ــ ج٢ ص ٣٤٧، ومغنى المحتاج ــ ج٣ ص ١٧٥، والأم ــ ج٥ ص ٢١٩.

(٣) ينظر: شرح الهداية ــ ج٤ ص ٨٢٨.

(٤) سورة النور من الآية : [٨].

(٥) ينظر: الإحكام للآمدى ــ ج٣ ص ٦٦.

(٦) ينظر: إرشاد الفحول ص ٣٠٦.

ونقول : إن أقسام مفهوم المخالفة باستقراء ما ورد عن الأصوليين كالآتى:

مفهوم اللقب

مفهوم الصفة.

مفهوم الشرط

مفهوم العدد.

مفهوم الغاية.

مفهوم الحصر.

مفهوم الاستثناء.

مفهوم ظرف المكان.

مفهوم ظرف الزمان.

مفهوم الحال[1].

هذا وسوف نقتصر على بيان أهم وأشهر هذه الأقسام عند الأصوليين، وهى الخمسة الأول؛ لأن الأقسام الأخرى قد تتداخل فيها، ولهذا نجد أن الإمام الشوكانى يقول فى مفهوم الحال ــ وهو تقييد

(١) ينظر : إرشاد الفحول ــ ص ٣٠٦.

الخطاب بالحال ــ وقد عرفت أنه من جملة مفاهيم الصفـــة المعنويـــة لا النعت، وإنما أفردناه بالذكر تكميلا للفائدة [1] أ.هـــ.

المسألة السادسة

مفهوم اللقب

ليس المراد باللقب خصوص ما أصطلح عليه النحويون، وهو مـــا اشعر بمدح أو ذم ولم يصدر بأب أو أم، وإنمـــا المـــراد بـــاللقب عنـــد الأصوليين هو : كل ما يدل على الذات سواء أكان علما أو كنية أو لقبـــا، فالعلم كـــ" زيد " ، والكنية كـــ " أبى زيد " واللقب كـــ " أنف الناقة".

أما عن تعريف مفهوم اللقب اصطلاحا:

فهو دلالة اللفظ الذى علق الحكم فيه بالذات على ثبـــوت نقيـــض الحكم لغير هذه الذات.

حجية مفهوم اللقب:

تحرير محل النزاع: لا خلاف بين علماء الأصـــول فـــى تعليـــق الحكم بما يدل على الذات يدل على ثبوت الحكم لتلك الذات، فلـــو قلـــت مثلا: " أحمد عالم" فإن تعليق العلم بأحمد يدل على ثبوت العلم لأحمد.

وإنما الخلاف بينهم فى التقييد بالذات على نفى الحكم عـــن غـــير هذه الذات فلو قلت مثلا : " مصطفى عالم " فهل تعلق العلـــم بمصطفـــى

---

(١) ينظر: المرجع السابق ص ٣٠٩.

يدل على نفى العلم عما عداه كأحمد وبكر؟ كما دل ثبوته لمصطفى ــ وهو ما يسمى بحجية مفهوم اللقب ــ أم لا يدل؟

نقول : اختلف الأصوليون فى حجية مفهوم اللقب على قولين:

<u>القول الأول:</u> هو أن مفهوم اللقب يعتبر حجة ــ أى أن تعليق الحكم بما يدل على الذات يدل على نفى الحكم عن غير هذه الذات، كما يدل على ثبوته للذات، وهذا قول الإمام مالك وأحمد وداود ــ رضى الله عنهم ــ وأبى بكر الصيرفى والدقاق ــ وهما من الشافعية ــ وابن خويز منداد من المالكية وبعض الحنابلة[1].

---

(١) ينظر: البرهان ــ ج: ص ٤٥٣، والإحكام للآمدى ــ ج٣ ص ٨٩، وشرح تنقيح الفصول س ٢٧١، وشرح العضد ــ ج٢ ص ١٨٧، ونهاية السول ــ ج١ ص ٣١٨، وإرشاد الفحول ــ ص ٣٠٨.

القول الثاني:

هو أن مفهوم اللقب ليس بحجة ـ أى أن تعلق الحكم بما يدل على الذات لا يدل على نفى الحكم عن غير هذه الذات، وإنما يدل على ثبوته للذات فقط، وهو قول جمهور العلماء، كما اختاره الآمدى والبيضاوى[1]، وقال ابن التلمسانى: لم يقل به أحد من العلماء إلا الدقاق وبعض الحنابلة[2].

الأدلة:

استدل أصحاب القول الأول بما يأتى:

بأنه لو لم يكن تعليق الحكم بالذات دالا على نفى الحكم عما عدا الذات لما ثبت الحد على المتخاصمين، إذا قال للآخر: إن أمى ليست بزانية؛ لأنه نفى الزنا عن أمه فقط، ونفى الزنا عن أمه لا يوجب حدا عليه اتفاقا، لكن قائل هذا القول يحد حد القذف، لكونه نفى الزنا عن أمه واثبته لأم ذلك الغير، وهذا قذف بالزنا وهو موجب للحد[3]، ولا شك أن ثبوت الزنا لأم الغير إنما جاء من جهة أن اللفظ دال على نفى الزنا عن

---

(١) ينظر: العدة لأبى يعلى ـ ج٢ ص ٤٧٥، ونشر البنود ج١ ص ١٠٣، وفواتح الرحموت ج١ ص ٤٣٢، والمستصفى ـ ج٢ ص ٢٠٤، ومنهاج العقول ـ ج١ ص ٣١٤، وتيسير التحرير ج١ ص١٠١.

(٢) ينظر: مفتاح الوصول ص ٩٧.

(٣) وهذا ما ذهب إليه الإمامان مالك وأحمد ـ ينظر: الإحكام للآمدى ـ ج٢ ص ٩١.

أم القائل، وأثبته لأم غيره، فيكون تعليق الحكم بما يدل على الذات دالا على نفى الحكم عما عدا تلك الذات وهو المطلوب.

ونوقش هذا:

بأن ذلك إنما فهم منه بقرينة حاله لا من دلالة مقاله، وتوضيح ذلك أن الحد إنما يثبت بهذا القول ــ أى قول القائل أمى ليست بزانية ــ لوجود الخصومة بينهما، فتكون الخصومة قرينة على أن القائل قد قصد بقوله هذا التعريض بالغير وإلحاقا الزنا بأمه، ولو انتفت الخصومة بين الشخصين لم يثبت الحد بهذا القول أبدا، وبذلك ظهر أن اللفظ لم يدل باعتبار ذاته على نفى الحكم عن غير الذات، وإلا لثبت الحد مطلقا وجدت بينهما خصومة أم لم توجد ، ولم يقل بذلك أحد.

وعلى هذا فقد بطل دليل الخصم، وإذا بطل الدليل بطل المدعى؛ لأنها صارت دعوى بلا دليل فلا تصح.

أدلة أصحاب القول الثانى:

بأنه لو كان مفهوم اللقب حجة، وأن تعليق الحكم على اللقب يدل على انتفاء الحكم عند انتفاء اللقب، للزم الكفر والكذب فى قول القائل: محمد رسول الله، أو على موجود، فإنه يلزم بمفهوم اللقب أن غير محمد ــ ﷺ ــ ليس برسول؛ لأنه يثبت الرسالة لمحمد وينفيها عن غيره، وهو كذب، وأن غير علي ليس بموجود وهو أيضا كفر[1]ــ لوجود البارى

(١) ينظر: التمهيد للأسنوى ــ ص ٢٦١.

سبحانه وتعالى ـ لكن القائل محمد رسول الله وعلى موجود لا يكون كاذبا ولا كافرا اتفاقا، وعليه فلا يكون مفهوم اللقب حجة، ولا يدل تعلق الحكم على اللقب على نفى الحكم عند انتفاء هذا اللقب، وهو المدعى والمطلوب.

الرأى الراجح:

نرى رجحان مذهب الجمهور وذلك لقوه ما استندوا إليه من أدلة، ولردهم على أدلة أصحاب القول الأول، كما جعل دعواهم بلا دليل، وهى لا تصح.

ثمرة الخلاف

تظهر ثمرة الخلاف فى حجية مفهوم اللقب فى بعض الفروع الفقهية الآتية:

إذا كان للمرأة أكثر من ولى فأذنت لأوليائها فى التزويج، وكان أولياؤها فى درجة واحدة، ثم خصصت واحدا منهم بالإذن فهل يصح الإذن ويجوز لكل واحد منهم أن يزوج؟

فعلى الخلاف المذكور، نقول من ذهب إلى أن مفهوم اللقب حجة قال: بأنه ليس لكل واحد من الأولياء تزويجها ـ بل يصح ذلك ممن خصته بالإذن؛ لأنها لم تأذن لجميعهم بلفظ عام، وأن تخصيصه بالإذن يدل على نفى الحكم هنا عداه.

ومن قال بأن مفهوم اللقب ليس بحجة، قال: لكل واحد من الأولياء أن يزوج حيث إن تخصيص البعض منهم لا يدل على نفـــى الإذن عمـــا عداه، وهذا أظهر المذاهب كما قاله الرافعـــى؛ لأن الرضـــى بـــالتزويج محمول على الصحيح، وصحة ذلك هنا مستلزمة للإذن لكل واحد[1].

٢- إذا قال الدائن لمدينه ابرأتك فى الدنيا دون الآخرة فهل هـــو بـــرئ فيهما؟

من قال بأن مفهوم اللقب ليس بحجة، قال هو بـــرئ فيـــهما؛ لأن تعليق الحكم وهو البراءة وتخصيصها بكونها فى الدنيا لا يدل على نفـــى الحكم عما عداه وهو حصول البراءة فى الآخرة، ولأن البراءة فى الآخرة تابعة للبراءة فى الدنيا ويلزم من وجود الملزوم وجود اللازم [2].

ومن قال بأن مفهوم اللقب حجة، قال هو بـــرئ فـــى الدنيـــا دون الآخرة؛ لأن تخصيص الحكم وهو البراءة بالدنيا يدل على نفيه عما عداه، وهو حصول براءة الآخرة.

---

(١) ينظر: التمهيد للإسنوى ــ ص ٢٤٢.

(٢) ينظر: المرجع السابق ــ ص ٢٤٣.

المسألة السابعة

مفهوم الصفة

تعريفه:

هو دلالة اللفظ الذى قيد الحكم فيه بصفة على نفى الحكم عما لم توجد فيه هذه الصفة، أو هو دلالة اللفظ الموصوف بصفة على نقيض حكمه للمسكوت عنه الذى انتفت عنه هذه الصفة.

والمراد بالصفة عند الأصوليين: تقييد لفظ مشترك المعنى بلفظ آخر يختص ببعض معانية ليس بشرط ولا غاية، ولا يريدون به النعت النحوى فقط[1].

حجيته:

تحرير محل النزاع : لا خلاف بين العلماء فى أنه إذا قيد الحكم بصفة من صفات الذات فإنه يدل على ثبوت الحكم للذات عند وجود تلك الصفة، أما إذا انتفت هذه الصفة، فهل يدل اللفظ على نفى الحكم عن الذات عند انتفاء الصفة، أم لا يدل على ذلك، ويكون نفى الحكم عند انتفاء الصفة مستفادا من النفى الأصلى والبراءة الأصلية فمثلا قوله ﷺ:"

---

(١) ينظر: نهاية السول ـ ج١ ص ٣١٤، واللمع للشيرازى ـ ص ٢٥، وشرح الكوكب المنير ـ ج٣ ص ٤٩٨.

من باع نخلا مؤبرا، فثمرتها للبائع"[1]، فقد قيد الحكم فيه وهو عودة ثمر النخل المباعة للبائع بصفة، وهى كونها مؤبرة، وهذا يدل على وجوب دفع ثمرة النخل المؤبرة للبائع بإتفاق العلماء عملا بمنطوق الحديث، أما غير المؤبرة فهل يجب دفع ثمرها للبائع أيضا كما وجبت فى المؤبرة؟ أم لا يجب دفعها إليه عملا بالمفهوم المخالف للصفة التى قيد الحكم بها فى الحديث؟ هذا هو محل النزاع وبيانه فيما يأتى:

حجية مفهوم الصفة:

اختلف علماء الأصول فى حجية مفهوم الصفة على قولين:

القول الأول: أن مفهوم الصفة حجة، وعليه، فتعليق الحكم على الوصف يدل على انتفاء الحكم عند انتفاء ذلك الوصف. وهذا هو مذهب جمهور الأصوليين منهم الإمام الشافعى وجمهور أصحابه، ومالك وأحمد والأشعرى وكثير من الفقهاء والمتكلمين[2].

---

(١) رواه البخارى ومسلم وأبو داود والنسائى، وابن ماجه ومالك وأحمد فى مسنده عن ابن عمر ﷺ ـ مرفوعا ـ ، ينظر: صحيح البخارى ـ ج٣ ص ٢٤٧ ، وصحيح مسلم ج ٣ ص ١١٧٣، وبذل المجهود ، ج١٥ ص ١٠٠، وسنن النسائى ج٧ ص ٢٦١، وسنن ابن ماجه ج٢ ص ٧٤٦، والموطأ ج٢ ص ٦١٧، ومسند أحمد ج٢ ص ؟؟ ، ٦٣.

(٢) ينظر: إرشاد الفحول ـ ص ٣٠٦ ، ونهاية السول ـ ج١ ص ٣١٩، والمسودة س ٣٥١، وروضة الناظر ص ٢٧٤، والإحكام للآمدى ـ ج٣ ص ٨١، والتمهيد للإسنوى ـ ص ٢٤٥، وشرح تنقيح الفصول ـ ص ٢٧٠، وشرح العضد على مختصر ابن الحاجب ج٢ ص ١٧٥، وتيسير التحرير ـ ج١ ص ١٠٠.

القول الثاني :

إن مفهوم الصفة ليس بحجة، وعليه فتعليق الحكم على الوصف لا يدل على انتفائه عند انتفاء هذا الوصف، وهذا هو مذهب الإمام أبو حنيفة والقاضى الباقلانى، وابن شريح والقفال الشاشـــى، وجمـــهور المعتزلـــة والغزالى واختاره الآمدى[1].

الأدلة:

استدل أصحاب القول الأول بما يأتى:

قالوا إن تخصيص الوصف بالذكر كتأثير فى قوله ﷺ : " من بـاع نخلا مؤبرا فثمرتها للبائع" دون غيره من الأوصاف، لابد وأن يكون لـــه فائدة؛ لأنه إذا لم يكن له فائدة كان ذكره عبثا وترجيحا بلا مرجح وهـــو باطل، وقد بحثنا عن هذه الفائدة فلم نجد إلا نفى الحكم عن الـــذات عنـــد انتفاء هذا الوصف؛ لأن فرض المسألة: أن الوصف لم يظهر له فائدة إلا نفى الحكم عند انتفاء الوصف، فوجب أن يكون اللفظ دالا على نفى الحكم عند انتفاء الصفة منعا من اللغو، وصونا للكلام عـــن العبـــث[2]، وهـــو المطلوب.

---

(١) ينظر : المحصول ــ ج١ ــق٢ــ ص ٦٥٤، والمستصفى ــ ج٢ ص ٧٠، وكشف الأسرار على أصول البزدوى ــ ج٢ ص ٢٥٦.

(٢) ينظر: الإحكام للآمدى ــ ج٣ ص ٦٨ وما بعدها.

<u>ونوقش هذا الدليل:</u>

بأنه منقوض بمفهوم اللقب إذ يقال فيه: إن تخصيص الذات بالحكم لا فائدة له إلا نفى الحكم عن غير هذه الذات، فوجب أن يكون اللفظ دالا على ذلك، وإلا كان ذكره عبثا ولغوا، فيكون مفهوم اللقب حجة مع إنكم لم تقولوا بحجيته.

<u>أجيب عن هذا:</u>

بأننا لا نسلم لكم عدم الفرق بين مفهوم الصفة ومفهوم اللقب؛ لأن مفهوم الصفة ليس فيه لتخصيص الوصف بالذكر فائدة أخرى سوى انتفاء الحكم عند انتفاء الصفة، بخلاف مفهوم اللقب، فإن لتخصيصه بالذكر فائدة أخرى، هى تصحيح الكلام وتقويته؛ لأن الكلام من غير ذكر اللقب يختل ولا يفيد، فيثبت الفرق بينهما، وعليه فيبطل اعتراضكم ويثبت مدعانا لثبوت دليله وسلامته من الاعتراض.

واستدل أصحاب القول الأول بأدلة منها:

لو كان تعلق الحكم على الصفة يدل على انتفاء الحكم عند انتفاء الصفة لدل قوله تعالى : ﴿ ولا تقتلوا أولادكم خشية إملاق نحن نرزقهم وإياكم ﴾ [1]، على جواز القتل عند انتفاء خشية الإملاق، وهو الفقر، وذلك بالغنى وذهاب الخوف من الفقر، مع أن الحكم ليس كذلك، فإن تحريم قتل الأولاد ثابت فى جميع الأوقات فقتل الأولاد حرام، حالتى

---

(١) سورة الإسراء من الآية: [٣١].

الفقر والغنى، وإذا تخلف الحكم فى بعض صوره ـ كما هنا ـ فإن الآية لا تكون دليلا على ذلك، فلا يكون اللفظ دالا على نفى الحكم عند انتفاء الصفة وهو ما ندعيه ونثبته.

وأجيب عن هذا بما يأتى:

١- بأن هذه الآية ليست فى محل النزاع؛ لأن النزاع فيما إذا لم يظهر للتخصيص بالوصف فائدة أخرى غير انتفاء الحكم عند انتفاء الصفة، وهنا قد ظهر فى الآية التى ذكرتموها فائدة أخرى للتخصيص هى بيان أن الغالب والدائم عند العرب أنهم كانوا يقتلون أولادهم خشية الفقر، فتخصيص الوصف بالذكر هنا خرج مخرج الغالب لعادتهم ذلك والوصف إذا خرج مخرج الغالب فلا يحتج به بمفهوم المخالفة[1].

٢- أن حرمة قتل الأولاد حالة الغنى ليست ثابتة بمفهوم المخالفة كما تقولون، بل هى ثابتة بمفهوم الموافقة وفحوى الخطاب؛ لأنه إذا لم يجز قتل الأولاد فى حالة الفقر والحاجة التى هو مظنة الإباحة، فلأن يكون قتلهم فى وقت الغنى والميسرة غير جائز من باب أولى، وعليه فالآية ليست من مفهوم المخالفة، فيبطل قولكم بعدم حجية مفهوم الصفة لبطلان دليله، ويثبت مدعانا، وهو حجية مفهوم الصفة وهو المطلوب والمدعى.

---

(١) ينظر: فواتح الرحموت ـ ج١ ص ٤١٤، والبرهان ـ ج١ ص ٤٧٧، وتيسير التحرير ـ ج١ ص ٩٨٩، ومنهاج العقول ـ ج١ ص ٣١٥.

المسألة الثامنة: مفهوم الشرط:

تعريفه: هو دلالة اللفظ الدال على حكم معلق بشرط على نفى الحكم عما انتفى فيه هذا الشرط، أو هو دلالة اللفظ الذى علق الحكم فيه بشرط على ثبوت نقيض ذلك الحكم عند انتفاء الشرط.

والمراد بالشرط: الأدوات المخصوصة التى اعتبرها النحاة دالة على الشرطية مثل: إن وإذا وغيرهما، من أدوات الشرط المعروفة، وعليه يكون المراد بالشرط " الشرط اللغوى" لا الشرط الذى هو قسيم السبب والمانع.

مثاله: قوله تعالى:" وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن "[1].

حجيته:

اتفق العلماء على ثبوت المشروط عند ثبوت الشرط، فيجب الإنفاق على المطلقة فى الآية السابقة عند وجود الحمل عملا بدلالة المنطوق، كما اتفقوا على أن المشروط ينعدم عند انعدام الشرط فلا يجب الإنفاق على المطلقة عند عدم الحمل.

ولكن اختلفوا فى دلالة أداة الشرط وهى " إن " فى الآية على انتفاء المشروط عند انتفاء الشرط. هذا هو محل النزاع بين العلماء.

حجية مفهوم الشرط:

اختلف الأصوليون فى حجية مفهوم الشرط على قولين:

---

(١) سورة الطلاق من الآية : [٦].

القول الأول:

هو أن مفهوم الشرط حجة، فأدوات الشرط تدل على انتفاء المشروط عند انتفاء الشرط، وعليه فتعليق الحكم على شرط يدل على انتفاء الحكم عند انتفاء الشرط، وهذا مذهب جمهور الأصوليين منهم الإمام الشافعى، وإمام الحرمين والرازى والكرخى والحسن البصرى، واختاره الإمام البيضاوى،وابن سريج والهراسى من أصحاب الشافعى[1].

القول الثاني:

هو أن مفهوم الشرط ليس بحجة فأدوات الشرط لا تدل على انتفاء الحكم عند انتفاء الشرط، وعليه فتعليق الحكم على شرط لا يدل على انتفاء الحكم عند انتفاء الشرط، وإنما انتفاء الحكم يعلم من البراءة الأصلية، وهو مذهب الحنفية والقاضى أبى بكر الباقلانى، والغزالى ، والإمام مالك كما اختاره الآمدى وأبو عبد الله البصرى[2].

ومحل الخلاف بين الطرفين، إذا لم يظهر للتقييد بالشرط فائدة أخرى غير نفى الحكم عند انتفاء الشرط، وإلا لو ظهر للشرط فائدة أخرى، فإن الأداة لا تدل إلى انتفاء المشروط عند انتفاء الشرط باتفاق[3].

---

(١) ينظر: التمهيد للأسنوى ــ ص ٤٢٥، والمستصفى ــ ج٢ ص ٢٠٥، ونهاية السول ــ ج١ ص ٣٢٢، والمحلى على جمع الجوامع وحاشية البنانى عليه ــج٢ ص ٢٥١، وشرح العضد ــ ج٢ ص ١٨٠، وشرح تنقيح الفصول ــ ص ٢٧٠، والمعتمد ج١ ص ١٥٢.

(٢) ينظر: التلويح على التوضيح ــ ج١ ص ١٤٥، والإحكام للآمدى ــ ج٣ ص ٨٣، وفواتح الرحموت ــ ج١ ص ٤٢١، والمسودة ص ٣٥٧.

(٣) ينظر: التمهيد للأسنوى ــ ص٢٤٨.

الأدلة:

استدل أصحاب القول الأول بما يأتى:

أولا: استدلوا بقوله تعالى: ﴿ وإذا ضربتم فى الأرض فليس عليكم جناح أن تقصروا من الصلاة إن خفتم أن يفتنكم الذين كفروا ﴾ (1).

وجه الدلالة:

أن يعلى بن أمية قد فهم من تعليق القصر على الخوف بناء على الشرط فى قوله: " إن خفتم" أن القصر غير مشروع عند عدم الخوف حتى سأل عمر بن الخطاب ﷺ فقال: ما بالنا نقصر وقد أمنا الله وقد قال الله تعالى : ﴿ وإذا ضربتم فى الأرض فليس عليكم جناح .. .. ﴾ الآية ، وأقره عمر على ذلك فقال: عجبت مما عجبت منه فسألت رسول الله ﷺ عن ذلك فقال:" صدقة تصدق الله بها عليكم فاقبلوا صدقته"(2).

ففهم عمر ويعلى بن أمية عدم جواز القصر حالة عدم الخوف، وإقرار النبى ﷺ ما فهمها دليل على تعليق الحكم على شرط يدل على انتفاء الحكم عند انتفاء ذلك الشرط، ولولا أن الأمر كذلك لما تبادر إليهما هذا الفهم، ولما تعجبا من جواز القصر حالة الأمن، ولما أقر رسول الله ﷺ عمر على تعجبه، وجعل القصر جاريا مجرى الرخصة، فهو صدقة تصدق الله بها على المسلمين، ولو كان الأمر خلاف ذلك لبينه النبى ﷺ

(1) سورة النساء من الآية: [101].

(2) تقدم تخريجه.

وقال: إن الآية ليست كما فهمها، وأن الوجهة السليمة غير الذى دعاهما إلى التعجب لكنه لم يبين ذلك، فعلمنا أن القصر يحقق عند الخوف، فإذا انتفى الخوف انتفى القصر، فيكون مفهوم الشرط حجة وهو المطلوب.

وأجيب عن هذا:

بأنه فهم سيدنا عمر ويعلى عدم جواز القصر فى حالة الأمن. يحتمل أن يكون مبعثه أن الأصل فى الصلاة الإتمام وعدم القصر، فلما ورد القصر فى حالة الخوف بدليل قوله تعالى: " فليس عليكم جناح " الآية، بقى ما عدا هذه الحالة على حكم الأصل، وهو الإتمام ولا يجوز العدول عنه إلا بدليل، فلما لم يجدا الدليل الذى يدل على العدول عن الأصل وهو الإتمام إلى خلاف الأصل وهو القصر فى حالة الأمن تعجبا، وحيث كان هذا الاحتمال قائما لم يتعين أن يكونا قد فهما من تعلق الحكم على الشرط الدلالة على نفى الحكم، وهو القصر عند انتفاء الشرط وهو الخوف، وإنما نفى القصر يستفاد من الأصل وهو الإتمام، فلم تدل الآية على حجيته مفهوم الشرط وهو المطلوب.

ثانيا: قالوا لو لم يدل انتفاء الشرط على انتفاء المشروط لما كان الشرط شرطا لكنه شرط فثبتت دعوانا على حجية مفهوم الشرط[1].

نوقش هذا :

(١) ينظر: الإحكام للآمدى ــ ج٣ ص ٨٥.

أن انتفاء الحكم وهو المشروط بانتفاء الشرط لتوقــف المشــروط عليه، إنما هو الشرط العقلى أو الشرعى؛ لأنه هو الواقع فى الخارج، أما الشرط اللغوى: وهو أن وإذا فلا دلالة له على انتفاء المشــروط، وهـو انتفاء الحكم، ودعواكم فى الشرط اللغوى لا الشرعى فـلا تتعيـن " إن " للشرط لجواز استعمالها فى السببية بل إن هذا الاستعمال هو الغالب.

أجيب عن ذلك:

بأن استعمال " إن " فى السببية لا يخرجها عن الأصل وهى إنــها شرط لغة، ولا ينفى دلالتها على عدم الحكم؛ لأن ارتباط المسبب بالسـبب أقوى من ارتباط الشرط بالمشروط، فانتفاء السبب يـدل علـى انتفــاء المسبب هذا إذا كان السبب متحدا، أما لو تعدد السبب فانتفــاء السـببية مطلقا، أى جميع الأسباب يدل على انتفاء المسبب.

أدلة أصحاب القول الثانى:

استدل أصحاب القول الثانى القائلون بعدم حجية مفــهوم الشــرط فقالوا: لو كانت أداة الشرط تدل على انتفاء المشروط عند انتفاء الشــرط لكان قولــه تعــالى : ﴿ولا تكرهــوا فتيــاتكم علــى البغــاء إن أردن تحصنا﴾[1].دالا على جواز الإكراه على البغاء إن لم يردن التحصن وهـو انتفاء الشرط؛ لأن حرمة الإكراه معلقة على إرادة التحصن، فإذا انتفــت إرادة التحصن التى هى شرط، انتفت الحرمة عمــلا بمفــهوم الشــرط،

(١) سورة التوبة من الآية: [٣٣].

وحرمة الإكراه ثابتة بالإجماع سواء أردن التحصن أو لم يردن، ففي جميع الأحوال الإكراه محرم.

الرأى الراجح:

هو القائل بأن مفهوم الشرط حجة، وهو رأى جمهور العلماء وذلك لبطلان أدلة النافين لمفهوم الشرط.

ويؤيد ذلك ما ذكره الإمام الشوكانى معزياً إلى إمام الحرمين في الرد على المانعين حيث قال: كل ما جاءوا به لا تقوم به الحجة، والأخذ به معلوم من لغة العرب والشرع فإن من قال لغيره: إن أكرمتنى أكرمتك، ومتى أتيتنى أعطيتك، ونحو ذلك فهم منه أنه لا يستحق الإكرام والإعطاء عند عدم إكرامه المتكلم ومجيئه إليه وذلك مما ينبغي أن لايقع فيه خلاف بين كل من يفهم لغة العرب، وإنكار ذلك مكابرة، وأحسن ما يقال لمن أنكره، عليك بتعلم لغة العرب، فإن إنكارك لهذا يدل على أنك لا تعرفها[1].

المسألة التاسعة

مفهوم العدد

تعريفه هو دلالة اللفظ الذى قيد الحكم فيه بعدد معين على نفى الحكم عما عداه زائدا كان أو ناقصا أو هو ثبوت نقيض الحكم المقيد بعدد عند عدم توافر هذا العدد[2].

---

(١) ينظر: إرشاد الفحول ــ ص ٣٠٧ ــ ٣٠٨.

(٢) ينظر: إرشاد الفحول ــ ص ٣٠٨.

حجيته:

أولاً: تحرير محل النزاع:

اتفق العلماء على أنه إذا ورد حكم مخصص بعدد ومقيد به كقوله تعالى : ﴿ الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ﴾ (١)، وقوله تعالى : ﴿ استغفر لهم أو لا تستغفر لهم إن تستغفر لهم سبعين مرة فلن يغفر الله لهم ﴾ (٢). فإنه يدل على ثبوت الحكم لذلك العدد، وكذلك إذا وجدت قرينة أو دليل على حكم معين فإن ما زاد أو نقص عن العدد المخصوص المقيد به الحكم، فإنه يعمل بالدليل أو القرينة.

لكن الخلاف بينهم: فيما إذا لم تكن هناك قرينة تدل على حكم الزائد أو الناقص فهل يدل على انتفاء الحكم فيما عدا ذلك العدد زائداً كان أو ناقصاً أو لا؟

اختلف العلماء فى ذلك على قولين:

القول الأول:

أن مفهوم العدد حجة، وعليه فتعليق الحكم بعدد معين يدل على نفيه عن غير هذا العدد زائداً كان أو ناقصاً، وهذا مذهب جمهور الأصوليين منهم الشافعى، وأحمد بن حنبل، ومالك، وداود الظاهرى، وصاحب الهداية من الحنفية(٣).

---

(١) سورة النور من الآية : [٢].

(٢) سورة التوبة من الآية : [٨٠].

(٣) ينظر: الإحكام للآمدى ـ ج٣ ص ٨٨، وشرح العضد ـ ج٢ ص ١٨٢، وروضة الناظر ـ ص ٢٧٤، والتمهيد للأسنوى ـ ص ٢٥٢، وفواتح الرحموت ـ ج١ ص ٤٣٢.

القول الثاني:

هو أن مفهوم العدد ليس بحجة، وعليه فتعليق الحكم بعدد معين لا يدل على نفى الحكم عما انتفى فيه هذا العدد، وهذا مذهب الحنفية والقاضى أبو بكر البلقلانى والبيضاوى.

قال الإمام الشوكانى: ومنع العمل بمفهوم العدد من منع العمل بمفهوم الصفة[1].

الأدلة:

استدل أصحاب القول الأول بما يأتى:

ما روى عن النبى ﷺ أنه عند نزول قوله تعالى : ﴿ استغفر لهم أو لا تستغفر لهم إن تستغفر لهم سبعين مرة فلن يغفر الله لهم ﴾ [2] قال : "خيرنى ربى لأزيدن على السبعين"[3].

---

(١) ينظر: إرشاد الفحول ــ ص ٣٠٨، والإحكام للآمدى ــ ج٣ ص ٨٨، وتيسير التحرير ــ ج١ ص ١٠٠، والتمهيد للأسنوى ص ٢٥٣، والمعتمد ص ١٥٧، ونشر البنود ــ ج١ ص ١٠١، ونهاية السول ــ ج١ ص ٢٤٠، والإبهاج ــ ج١ ص ٢٤١.

(٢) سورة التوبة من الآية : [٨٠].

(٣) رواه البخارى والنسائى ــ ينظر: صحيح البخارى ــ ج٦ ص ٨٦، وسنن النسائى ــ ج٤ ص ٥٤.

وجه الاستدلال:

أن نفى المغفرة مشروط بالسبعين، وهو عدد معين علق عليه عدم المغفرة فيجوز أن يغفر الله لهم إذا زاد النبى ﷺ فى استغفاره على السبعين، وقد فهم النبى ﷺ ذلك بدليل أنه قال: " لأزيدن على السبعين"، وحيث ثبت أن البنى ﷺ قد فهم أن حكم ما زاد على السبعين مخالف لحكم السبعين كان مفهوم العدد حجة وهو المطلوب.

نوقش هذا الدليل بما يأتى:

قال النافون لحجية مفهوم العدد أننا لا نسلم لكم إن ذكر السبعين فى الآية للتحديد، إنما هو للمبالغة والتكثير، فقد استعملت للتكثير فى قوله تعالى :﴿ ذرعها سبعون ذراعا ﴾ (١) فقد استعمل العدد فى هذه الآية للتكثير وليس للتحديد، وعلى هذا تكون الآية التى استدللتم بها دليلا على حجية مفهوم العدد.

وأجيب عن ذلك:

بأن الأصل فى استعمال العدد أن يكون للتحديد وليس للتكثير والمبالغة، من ذلك ما ورد فى القرآن الكريم من آيات ذكر فيها العدد للتحديد مثل آية الزنا والقذف، وأما الآية التى ذكرتموها فى المناقشة، فإنما قد جاء العدد فيها للتكثير والمبالغة بقرينة سياق الآيات السبقة لها، وعلى هذا يكون مفهوم العدد حجة وهو المطلوب(٢).

أدلة أصحاب القول الثانى القائلين بعدم حجية مفهوم العدد:

استدل أصحاب هذا القول بما يأتى:

بأن الأعداد وإن كانت مختلفة باعتبار حقيقتها إلا أن ذلك لا يوجب اختلافها فى الأحكام؛ لأن اشتراك المختلفات فى حكم واحد غير

---

(١) سورة الحاقة من الآية : [٣٢].

(٢) ينظر: شرح الكوكب المنير ــ ج٣ ص ٥٠٨، والإحكام للآمدى ج ٣ ص ٨٨، ٨٩.

ممتنع، وما دام الأمر كذلك فلا يكون تقييد الحكم بعدد موجبا لنفى الحكم عن غيره من الأعداد الزائدة أو الناقصة حتى يكون اللفظ دالا على ذلك.

الرأى الراجح فى نظرنا:

الذى نراه فى هذه المسألة أن العدد باعتبار ذاته لا يدل على حكم فى العدد الزائد ولا فى العدد الناقص، فلا مفهوم له ولا يكون حجة بهذا الاعتبار، وإنما حجيته ودلالته على حكم فى الزائد أو الناقص، إنما يأتى من القرائن الخارجية، كأن يكون العدد الذى قيد به الحكم علة ذلك الحكم، فإن ذلك يعتبر دليلا على ثبوت الحكم فى هذا العدد المذكور والعدد الزائد، ونفيه عن العدد الناقص.

ثمرة الخلاف

تظهر ثمرة الخلاف فى حجية مفهوم العدد فى بعض الفروع الآتية:

١- إذا قال بع ثوبى بمائة، ولم ينهه عن الزيادة، فباع بأكثر، فعلى رأى من لا يثبت حجية العدد يصح البيع، ومن ذهب إلى القول بحجية العدد قال بعدم صحة البيع.

ونحن نرى رجحان صحة البيع؛ لأن القرائن تقضى بأن البائع من مصلحته الحصول على أعلى سعر فى البيع، فإن أذن لوكيله أن يبيع بمائة ويكون بيعه صحيحا فمن باب أولى باع بأكثر من مائة.

٢-إذا قال أوصيت لزيد بمائة درهم، ثم قال: أوصيت له بخمسين، فوجهان أشبههما كما قال الرافعى وهو الأصح فى الروضة ليس له إلا خمسون، ولا يجمع بينهما كما لو عكس، فقال: أوصيت له بخمسين، ثم أصى بمائة، فليس له إلا الموصى به أخيرا وهو المائة، والثانى: له مائة وخمسون وتوجيهها كما ذكرناه[١].

المسألة العاشرة

مفهوم الغاية

تعريفه:

هو دلالة اللفظ أو النص الذى قيد الحكم فيه بأداة الغاية كـ إلى وحتى واللام ـ وعلى نقيض ذلك الحكم بعد هذه الغاية.

مثاله قوله تعالى : ﴿ فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره﴾[٢].، وقوله ﷺ : " لا زكاة من مال حتى يحول عليه الحول"[٣]، فإن إباحة الزوجة المطلقة مقيد بغاية وهو نكاح زوج آخر غير المطلق، وذلك منطوق الآية، ودلت بمفهومها على أن يحرم عليه الزواج بالبائن قبل تزويجها بروج آخر، فهل يكون مفهوم الغاية " بحتى" حجة، فلا تحل

---

(١) ينظر: المرجع السابق ـ ٢٥٤، ٢٥٥، والروضة للنووى ـ ج٦ ص ٣١٠.

(٢) سورة البقرة : من الآية [٢٣٠].

(٣) أخرجه مالك فى الموطأ والدارقطنى والترمذى وأبو داود ـ ينظر: الموطأ ـ ص ٢٤٦، وبذل المجهود ج٨ ص ٦٥، وعارضة الأحوذى ـ ج٣ ص ١٢٥، وسنن الدارقطنى ـ ج٢ ص ٩٠، والدراية فى تخريج أحاديث الرواية ـ ج١ ص ٢٤٨.

له قبل الزواج بغيره أم أنه لا يكون حجة وعليه يجوز لــه أن يتزوجــها مرة أخرى قبل الزواج بآخر؟

حجيته:

تحرير محل النزاع:

اتفق الأصوليون على أن حتى العاطفة تدل على موافقة حكم مــا بعدها لما قبلها؛ لأنها حرف من حروف العطــف، والعطــف يقتضــى التشريك فى الحكم مثال ذلك: نحج الطلاب حتى محمد، فالعطف بحتــى يقتضى مشاركة محمد للطلاب فى النجاح، فهذا لا خلاف فيه.

لكنهم اختلفوا فى " حتى وإلى " اللتان همــا للغايــة ﴿ فاغسـلوا وجوهكم وأيديكم إلى المرافق ﴾ [(١)] فإن هذه الآية قد دلت بمنطوقها علــى غسل الأيدى، وهو ما قبل " إلى " باتفاق، أما المرفق وهو ما بعد إلــى ، فهل ينتفى عنها الغسل لدلالة تقييد الحكم بحرف الغاية وهو " إلــى " أو يكون غسلها مسكوتا عنه ولا يعرف إلا بدليل آخر؟

اختلف الأصوليون فى ذلك على أقوال:

<u>القول الأول:</u>

وهو للإمام الشافعى ومن وافقه: أن تقييــد الحكــم بحــرف مــن حروف الغاية كـــ " إلى " أو " حتى" يدل على انتفاء الحكــم فيمــا بعــد

---

(١) سورة المائدة من الآية : [٦].

الغاية، لأن ذلك نقيض ما قبلها، وعلى هذا يكون مفـــهوم الغايـــة حجـــة مطلقا، سواء أكان ما بعد الغاية من جنس ما قبلها، أم كان من غير جنس ما قبلها، أم كان هناك فاصل بين ما قبلها وما بعدها من حس كغـــروب الشمس، أو ليس هناك فاصل كالمرافق لعدم تميزه[1].

القول الثاني:

لبعض الحنفية واختاره الآمدى وهو أن مفهوم الغايـــة لا يكـــون حجة مطلقا، سواء أكانت الغاية بـــ " إلى " أو " حتى " أو غيرها وســـواء أكانت ما بعد الغاية من جنس ما قبلها، أم كان من غير جنس ما قبلها، أم كان هناك فاصل بين ما قبلها وما بعدها أو ليس هناك فاصل فلا يكـــون مفهوم الغاية حجة بهذا الإطلاق.

وعلى هذا يكون حكم ما بعدها مسكوت عنه شأنه فى ذلك شـــأن غيره من مفاهيم المخالفة، وحينئذ لا يعرف حكمه إلا مـــن دليـــل آخـــر خلاف الغاية[2].

القول الثالث:

ذهب البعض إلى أن الغاية إن كانت من جنس ما قبلها، مثل بعتك هذا الرمان إلى هذه الشجرة، وكانت الشجرة من الرمان دخلت الغاية فـــى

---

[1] ينظر: المسودة ص ٣٥٨، والمعتمد ج١ ص ١٥٦، والمستصفى ـــ ج٢ ص ٢٠٨.

(٢) ينظر: فواتح الرحموت ـــ ج١ ص ٤٣٢، والإحكام للآمدى ـــ ج٣ ص ٨١.

منطوق الكلام فيتناولها البيع، فلا يكون مفهوم الغاية حجة، وإن كانت من غير جنسه لا تدخل[1].

القول الرابع:

إن كان ما قبل الغاية قد دخلت عليه " من " مثل: بعتك هذه القطعة من هذا الجدار إلى هذا الجدار، لم يدخل ما بعدها وهو الجدار الثانى فى الحكم وهو البيع، ويكون مفهوم الغاية حجة، وإن كان ما قبل الغاية لم تدخل عليه " من " ، مثل : بعتك هذه القطعة إلى هذا الجدار، دخل ما بعدها وهو الجدار فى البيع، فلا يكون حجة.

القول الخامس:

يرى أن ما بعد الغاية إن كان مفصولا عما قبلها بفاصل حسى، كقوله سبحانه وتعالى : ﴿ ثم أتموا الصيام إلى الليل ﴾[2]، فإن الليل مفصول عن النهار بغروب الشمس، وهو فاصل حسى مشاهد، فغروب الشمس قد فصل بين الليل والنهار، فيكون ما بعد الغاية الحكم فيه مخالفا لما قبلها، فيكون حجة.

وإن لم يكن مفصولا بفاصل حسى، كقوله سبحانه وتعالى : ﴿فاغسلوا وجوهكم وأيديكم إلى المرافق﴾ [3] فإن ما بعد الغاية يدخل فيما

(١) ينظر: التمهيد للأسنوى ــ ص ٢٢٢.

(٢) سورة البقرة من الآية : [١٨٧].

(٣) سورة المائدة من الآية : [٦].

قبلها فتكون المرافق داخلة فى اليد؛ لأن اليد تطلق على الذراع من الكف إلى المنكب، والمرافق غير متميزة فيجب غسلها، فلا يكون ما بعد الغاية مخالفا لما قبلها، فلا يكون حجة[1].

القول السادس:

يرى أن ما بعد الغاية ثابت بدلالة الإشارة فهو منطوق لا مفهوم كقوله سبحانه وتعالى : ﴿ فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره﴾[2] فالمنطوق الصريح هو عدم الحل للزوج الأول، إلا أن تنكح الزوج الثانى، والمنطوق بالإشارة يكون فيه المعنى لازما غير مقصود، وهذا القول ضعيف، لأن الثابت بدلالة الإشارة مفهوم وليس بمنطوق كما ذهب إليه أصحاب هذا الرأى.

الأدلة

استدل المثبتون لمفهوم الغاية وأنه حجة مطلقا:

بأن الحكم قبل الغاية والمقيد بها لو كان ثابتا أيضا فيما بعد الغاية، لما كانت الغاية غاية ولما كان الحكم منتهيا بها، ولكان الحكم فيما بعدها موافقا لما قبلها لا مخالفا فيكون منطوقا لا مفهوما، لكنه ثبت أن الغاية غاية وأن الحكم ينتهى بها، فبطل أن يكون الحكم فيما بعد الغاية موافقا

(١) ينظر: التمهيد للأسنوى ـ ص ٢٢٢، وشرح العضد ـ ج٢ ص ١٨١.

(٢) سورة البقرة من الآية : [٢٣٠].

لما قبلها، وثبت نقيضه وهو كونه مخالفا، فيكون مفهوم الغاية حجة، وهو المطلوب.

واستدل النافون لحجية مفهوم الغاية مطلقا:

بأن تقييد الحكم بالغاية وانتهاؤه بها لا يدل على انتفاء الحكم فيما بعد الغاية لجواز ثبوته بدليل آخر من نص أو إجماع، وإذا ثبت الحكم فيما بعد الغاية موافقا لما قبلها بدليل آخر من نص أو إجماع، فلا يكون مفهوم الغاية حجة، ولا يكون الحكم بها دالا على نفيه فيما بعدها وهو المدعى والمطلوب.

أجيب عن ذلك:

بأن هذا الدليل فى غير محل النزاع: لأن كلامنا ليس فى تقييد الحكم بحكم معين فيما بعد الغاية، أما إذا وجد دليل من نص أو إجماع على حكم معين، فإنه يعمل به بلا خلاف ولا عبرة بمفهوم الغاية.

واستدلوا ثانيا : فقالوا:

إن غسل المرافق واجب فى غسل اليد الثابت غسلها بقوله سبحانه وتعالى : ﴿ وأيديكم إلى المرافق ﴾ فلو كان ما بعد الغاية مخالفا لما قبلها، لكان غسل المرافق غير واجب، وهذا باطل بالإجماع لأنهم متفقون على وجوب غسل المرافق، فلا يكون مفهوم الغاية حجة.

أجيب عن هذا الدليل من وجهين:

الأول: أن هذا الدليل فى غير محل النزاع، لأن وجوب غسل المرافق ثابت بفعل النبى ﷺ فقدر وى عنه فى صفات وضوئه، أنه توضأ وغسل مرفقيه، وهذا يحتمل أن غسل المرفقين واجب.

سلمنا لكم أن غسله ﷺ للمرفقين ضرورة للاحتياط دعت إليها ضرورة التخلص من العهدة، و " إلى " هنا ليست على حقيقتها، بل هى بمعنى " مع " فقوله تعالى : ﴿ وأيديكم إلى المرافق ﴾ أى مع المرافق فيكون غسل المرافق ثابتا بالنص.

الوجه الثانى: أن غسل المرافق واجب لتوقف العلم بغسل اليد الذى هو واجب على غسل المرافق، لأن اليد غير متميزة عن المرفق، فوجب غسل المرفق لتوقف العلم بغسل اليد عليه، فهو من باب ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب، لأن غسل المرافق مقدمة للواجب.

واستدل أصحاب القول القائل بأن ما بعد الغاية ثابت بدلالة الإشارة فهو منطوق لا مفهوم :

بأنه يتبادر إلى الأذهان من قوله تعالى : ﴿ ثم أتموا الصيام إلى الليل ﴾ عدم وجوب الصوم فى الليل وإباحة الإفطار فيه، وهذا غير مقصود لكنه لازم لتقييد الحكم بالغاية.

أجيب عن هذا:

بأننا لا نسلم لكم أنه منطوق، بل هو مفهوم، ولا يلزم من تبادره إلى الأذهان أن يكون منطوقا، فإن المفهوم قد يتبادر إلى الذهن، كما هو الحال فى مفهوم الصفة كقوله ﷺ " مطل الغنى ظلم " فقد يتبادر إلى الذهن أن مطل الفقير ليس بظلم، ولم يقل أحد بأنه منطوق[1].

والذى نرجحه من الأقوال السابقة هو القول القائل بأن مفهوم الغاية حجة مطلقا.

بهذا نكون قد انتهينا من أقسام مفهوم المخالفة عند الجمهور مقتصرين على المشهود منها اقتضاء لما يتطلبه المقام.

والله أعلى وأعلم ،،، ،،،

(١) ينظر: الإحكام للآمدى ـ ج٣ ص ٨٧، وما بعدها، وإرشاد الفحول ص ٣٠٨، وروضة الناظر ص ٢٧٣، والمعتمد ـ ج١ ص١٥٦، ونشر البنود ـ ج١ ص ١٠١.

الخاتمة

بعد أن انتهيت من هذا البحث المتواضع الذى أرجو أن أكون قد وفقت فى تحصيل مادته العلمية، فإننى فى ختام هذا العمل أسجل أهم نتائج البحث فيما يأتى:

أن التوصل إلى معرفة أحكام الله تعالى التى بها صلاح أحوال المكلفين معاشا ومعادا، لا يكون صحيحا إلا إذا روعى فيه مقتضى الأساليب فى اللغة العربية وطرق الدلالة فيها، وقد تحقق ذلك من أئمة المجتهدين من علماء الإسلام وفقهاء الشريعة، وإذا كان قد وقع بينهم خلاف فى تقسيم هذه الطرق وتنويعها.

حيث سلك الأحناف فى استفادة الأحكام من نصوصها طرقا غير التى سلكها الجمهور، إلا أن هذا لا يدل على التعارض بل التوافق؛ لأن القواعد التى راعاها كل فريق ليست لها صبغة دينية، بل هى مستمدة من استقراء الأساليب العربية ومما قرره أئمة اللغة، والوقوف عليها بحسب الوسع والطاقة، فربما توصل مجتهد إلى استنباط حكم من الدليل عن طريق دلالة النص عليه بطريقة معينة لم يتوصل إليها غيره من المجتهدين، هذا فضلا على أنه فى الكثير والغالب نجد بأنه قد تتفق طرق دلالة الأدلة على الأحكام عند الجميع من ناحية المعنى وإن كان الخلاف فى اللفظ، ومثال ذلك ما وجدناه من تقابل فى بعض الأقسام عند العلماء،

فمثلا دلالة المنطوق عند الجمهور يقابلها دلالة العبارة والإشارة والاقتضاء عند الأحناف، هذه هى أهم نتائج البحث.

والله أسأل أن يكون هذا البحث قد حقق مقصوده ، وكشف عن موضوعه، وأن يجعل هذا خالصا لوجهه الكريم إنه نعم المولى ونعم النصير.

أهم المراجع

أولا: القرآن الكريم .

ثانيا: كتب السنة:

١-أعلام الموقعين عن رب العالمين لابن قيم الجوزى ـ ت ٧٥١ هـ ـ ط دار الجيل ـ بيروت.

٢- التلخيص الحبير فى تخريج أحاديث الرافعى الكبير لابن حجر العسقلانى ـ ت ٨٥٢ هـ ـ ط مكتبة الكليات الأزهرية.

٣- المستدرك على الصحيحين للحافظ محمد بن عبد الله النيسابورى ـ ت ٤٠٥ هـ ـ وبذيله التلخيص للحافظ الذهبى ـ ط دار المعارف ـ بيروت.

٤- تخريج أحاديث البزدوى ـ للحافظ أبى العدل زين الدين ـ ت ٨٧٩ هـ ـ ط نور الدين محمد ـ كراتشى ـ مطبوع على هامش أصول البزدوى.

٥- سنن أبى داود للإمام سليمان الأشعث ـ ت ٢٧٥ هـ ـ تحقبق محى الدين عبد الحميد ـ ط المكتبة التجارية الكبرى بمصر.

٦- سنن ابن ماجة للإمام أبى عبد الله بن ماجه القزوينى ـ ت ٢٧٥هـ ـ تحقيق محمد فؤاد عبد الباقى ـ ط دار الفكر ـ بيروت.

٧- سنن البيهقى الكبرى للإمام أحمد بن الحسين البيهقى ـ ت ٤٥٨ هـ ـ ط دار المعرفة ـ بيروت.

٨- سنن الترمذى للإمام أبى عيسى الترمذى ـ ت ؟؟؟؟ هـ ـ ط مصطفى الحلبى .

٩- سنن الترمذى للإمام عبد الله بن عبد الرحمن الدارمى ـ ت ٢٢٥ هـ ـ ط دار الفكر بيروت ـ ط إحياء السنة النبوية.

١٠- سنن النسائى للإمام أبى عبد الرحمن بن شعيث النسائى ــ ت ٣٠٣ هـ ط دار الكتب العلمية ــ بيروت.

١١- صحيح الإمام مسلم بشرح النووى ط الشعب ، دار القلم ــ بيروت.

١٢- صحيح البخارى للإمام محمد بن إسماعيل البخارى ــ ت ٢٥٦ هـ ط مطابع الشعب.

١٣- كشف الخفاء ومزيل الإلباس عما اشتهر من الأحاديث على ألسنة الناس للعجلونى ــ ت ١١٦٢ هـ ط التراث الإسلامى ــ حلب.

١٤- مجمع الزوائد ومنبع الفوائد للحافظ نور الدين على بن أبى بكر الهيثمى ــ ت ٨٠٧ هـ ط منشورات دار الكتاب العربى ــ بيروت.

١٥- نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار للإمام محمد بن على بن محمد الشوكانى ــ ت ١٢٥٠هـ ط المطبعة العثمانية ، طبعة أخيرة مطبعة حلبى.

ثالثا: كتب الأصول ومراجع أخرى:

١- إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول لمحمد بن على الشوكانى ــ ت ١٢٥٠ هـ تحقيق أبى مصعب محمد سعيد البدرى ــ ط مؤسسة الكتب الثقافية بيروت ــ لبنان ــ الطبعة الأولى ١٤١٢هـ.

٢- اصول السرخسى لأبى بكر محمد بن أبى سهل السرخسى ــ ت ٤٩٠ هـ ط دار المعرفة ــ بيروت ــ سنة ١٤١٤ هـ.

٣- أصول الفقه ــ أ .د/ سلامة مدكور ــ ط دار النهضة العربية سنة ١٩٧٦م.

٤- أصول الفقه للشيخ محمد أبى النور زهير ــ ط دار التأليف بالقاهرة.

٥- أصـول الفقـه للشـيخ محمـد الخضـرى ــ ط دار الفكـر ــ ط ٧ سنة١٤٠١هـ

٦- الإبهاج فى شرح المنهاج لابن السـبكى ــ تحقيـق د. شـعبان محمـد إسماعيل ــ ط مكتبات الأزهر.

٧- الإحكام فى أصول الأحكام لسيف الدين الآمـدى ــ ت ٦٣١ هـ ــ ط مؤسسة الحلبى للنشر والتوزيع.

٨- الآيات البينات على شرح المحلى على جمع الجوامع ــ لأحمد بن قاسـم العبادى المصرى ــ ت ٩٩٢ هـ ــ ط مصر سنة ١٢٨٩هـ.

٩- البرهان فى أصول الفقه لإمام الحرمين عبد الملك بن يوسف الجوينـى ــ ت ٤٧٨ هـ ــ ط دار الأنصار بالقاهرة.

١٠- التحصيل من الحاصل للأرموى ــ تحقيق د. عبد الحميد على أبو زنيـد ــ ط مؤسسة الرسالة.

١١- التقرير والتحبير على متن التحرير لأمير الحاج ــ ت ٨٧٩ هـ ــ ط دار الكتب العلمية ــ بيروت.

١٢- التوضيح لمتن التنقيح لصدر الشريعة ــ صبيح.

١٣- الرسالة للإمام محمد بن إدريس الشافعى ــ ت ٢٠٤ هـ ــ تحقيق أحمـد شاكر ــ ط الحلبى.

١٤- الكوكب المنير بشرح مختصر التحرير ــ ط السنة المحمدية.

١٥- المحصول فى أصول الفقه لمحمد بن عمر بن الحسين الـرازى ــ ت ٦٠٦ هـ ــ تحقيق د./ فياض ــ الطبعة الأولـى ١٩٧٩م. ــ مطبوعـات جامعة الإمام محمد ابن سعود.

١٦- المستصفى من علم الأصول لأبى حامد بن محمد الغزالـــى ــ ت ٥٠٥ هــ الطبعة الثانية ــ دار الكتب العلمية ــ بيروت.

١٧- المسودة فى أصول الفقه آل تيمية عبد السلام ابن تيمية ــ ٦٥٢ هــــــ تحقيق محمد محى الدين ــ ط دار الكتاب العربى ــ بيروت.

١٨- المعتمد للإمام أبى الحسين البصرى ــ ت ٤٣٦ هــــ ط دار الكتــب العلمية ــ بيروت.

١٩- المنخول للإمام محمد الغزالى ــ تحقيق د./ محمد على هيتو.

٢٠- الوصول إلى قواعد علم الأصول للتمرتاشى ــ رسالة محققـــة بكليـــة الشريعة د./ محمد عبد السميع فرج الله.

٢١- تخريج الفروع على الأصول للإمام الزنجانى ــ ت ٦٥٦ هــ تحقيـــق د./ محمد أديب ــ ط مؤسسة الرسالة ــ بيروت ــ لبنان

٢٢- تخريج الفروع على الأصول للإمام ــ ت ٧٧٢ هــ ط مؤسسة الرسالة ــ تحقيق محمد حسن هيتو.

٢٣- تشنيف السامع شرح جمع الجوامع لابن السبكى ـ للإمام محمد بن بهادر الزركشى ـمخطوط بدار الكتب المصرية تحت رقم ٤٧٩ أصول فقه.

٢٤- تقرير الشربينى على جمع الجوامع ـ ط دار العلوم للطباعـــة والنشـــر بقطر.

٢٥- تنقيح الفصول للإمام شهاب الدين القرافى.

٢٦- تيسير الأصول للحافظ الزاهدى ــ ط الثانية ــ بيروت.

٢٧- تيسير التحرير لمحمد أمين المعروف بأمير بادشاه الحنفـــى ــ شـــرح مختصر التحرير لكمال الدين بن الـــهمام ــ ت ٨٦١ هـــ ط مصطفـــى الحلبى.

٢٨- جمع الجوامع مع حاشية البنانى لتاج الدين السبكى ــ ت ٧٧١ هــ ط مؤسسة جال العلوم للطباعة والنشر ــ الدوحة ــ قطر.
٢٩- روضة الناظر وجنة المناظر ــ ط مكة المكرمة.
٣٠- شرح الأسنوى للإمام جمال الدين بن عبد الرحيم الإسنوى ــ ت ٧٧٢ هــ ــ ط محمد على صبيح.
٣١- شرح الجلال المحلى على جمع الجوامع لابن السبكى ــ ط الثانيةــ ط مصطفى الحلبى.
٣٢- شرح العضد على مختصر ابن الحاجب للقاضى عضد الملة والدين الإيجى ــ ت ٧٥٦ ــ مراجعة د./ شعبان محمد إسماعيل ــ ط الكليات الأزهرية ــ ٣٩٤ هــ .
٣٣- شرح اللمع لابى إسحاق الشيرازى ــ ت ٤٧٦ هــ ط أولى ــ دار الغرب الإسلامى ــ بيروت.
٣٤- شرح مختصر الروضة تحقيق د./ عبد التركى ــ ط مؤسسة الرسالة ــ الطبعة الثانية.
٣٥- شرح مسلم الثبوت لمحب الله بن عبد الشكور ــ ت ١١١٩ هــ ط دار الكتب العلمية ــ بيروت ــ لبنان ــ مع المستصفى .
٣٦- فتح الغفار بشرح المنار لابن ملك المعروف بمشكاة الأنوار فى أصول الفقه لابن نجيم ــ ط مصطفى الحلبى.
٣٧- فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت للأنصارى ــ ط الثانية ــ دار الكتب العلمية ــ بيروت.
٣٨- كتاب الحدود للباجى ــ ط بيروت ــ لبنان.

٣٩- كشف الأسرار على فخر الإسلام البزدوى للإمام علاء الدين ابن عبد العزيز بن أحمد البخارى ــ ط دار الكتاب العربى ــ بيروت.

٤٠- منتهى السول فى علم الأصول للآمدى ــ ط محمد على صبيح وأولاده ، القاهرة.

٤١- نشر البنود على مراقى السعود ــ لعبد الله بن إبراهيم الشنقيطى المالكى ــ ت فى حدود ١٢٢٣ هـ ــ ط ــ فضاله بالمحمودية بالمغرب.

رابعا : كتب الفقه:

١-البناية على الهداية ــ للميرغنانى.

٢- بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للكاسانى ــ ت ٥٨٧ هـ ــ ط بيروت ــ لبنان .

٣- فتح القدير ــ للكمال بن الهمام.

خامسا: كتب اللغة :

٢-القاموس المحيط للفيروز أبادى ــ ط المطبعة الأميرية ــ ١٣٠١ هـ

٢- المصباح المنير للفيومى ــ ط بيروت ــ لبنان.

٣-المعجم الوسيط ــ ط دار المعارف.

٤-لسان العرب لابن منظور ــ ط دار المعارف بمصر.

٥-مختار الصحاح ــ ط دار المعارف بمصر.

فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات



بحث في
الاستحسان عند الأصوليين
دراسة وتطبيق

إعداد

الدكتور

صلاح أحمد عبد الرحيم إمام

مدرس أصول الفقه بالكلية



أولا المقدمة :

الحمد لله رب العالمين، إياك نعبد. وإياك نستعين ، يا من هو المعبود المشكور على الحقيقة .إذ لا منعم سواه، وكل نفع يجري على يد غيره فهو الذي أجراه، وكل خير يصل إلى بعض مخلوقاته من بعض فهو الذي قدره وقضاه، فأحمده حمداً يرضاه ، وأشكره شكراً يقابل نعماه، وإن كانت غير محصاه ، امتثالا لأمره لا قياماً بحق شكره، فإن لساني وجناني وأركاني لا تقوم بشكر أقل نعمة من نعمه العظيمة

والصلاة والسلام على رسوله المصطفى محمد المبعوث إلى الأحمر من العباد والأسود. صلاةً وسلاماً يتجددان بتجدد الأوقات، ويتكرران بتكرار الآيات ، وعلى آله وصحابته الأخيار.

وبعـــد

فإن علم أصول الفقه علم عظم نفعه وقدره، وعلا شرفه وفخـــره، إذ هو مثار الأحكام الشرعية ، ومنار الفتاوى الفرعية التي بها صـــــلاح المكلفين معاشاً ومعاداً ، ثم إنه العمدة في الاجتهاد ، وأهم ما يتوقف عليه من المواد كما نص عليه العلماء، ووصفه به الأئمة الفضلاء.

يقول الإمام الغزالي : وأشرف العلوم ما ازدوج فيه العقل والسمع واصطحب فيه الرأي والشرع ، فإنه يأخذ من صفو الشرع والعقل سـواء السبيل ، فلا هو تصرف بمحض العقول بحيث لا يتلقاه الشرع بـالقبول ، ولا هو مبني على محض التقليد الـــذي لا يشـــهد لـــه العقـــل بالتـــأييد والتسديد[1].

هذا ، وقد عقدت العزم علـــى أن أبحـــث عـــن موضـــوع مـــن موضوعات هذا الفن . لينشر في مجلة الكلية هذا العام.فوقـــع اختيـــاري على موضوع " الاستحسان عند الأصوليين دراســـة وتطبيـــق " وهـــذا الموضوع من الأدلة المختلف فيها عند العلماء، لأن أدلة الشرع منها مـــا هو متفق عليه بين العلماء وهي الكتاب والسنة والإجماع والقياس، ومنـــها ما هو مختلف فيه وهي مذهب الصحابي، وشرع من قبلنا، والاستحســان، والاستصحاب، والمصالح المرسلة، وسد الذرائع وغيرها.

هذا ولقد ترددت كلمة الاستحسان كثيرا على ألسنة الفقهاء، منـــذ عهد أبي حنيفة ومالك ، بعد أن تميز القياس من بين أنـــواع الاجتـــهاد .

---

(١) راجع المستصفى جـــ١ ص ٣ ط دار الفكر

ولقد كان الأخذ بالاستحسان بعد ذلك مثاراً للخلاف بين العلماء، منهم المؤيد له فاتخذه مبدأ من مبادئ التشريع يلجأ إليه المجتهد في بعض الأحوال الاستثنائية ، ومنهم المعارض له فجعله تشريعاً بالهوى ، فأقره الحنفية والمالكية والحنابلة، واشتهر به الحنفية أكثر من غيرهم حتى عرفوا به، وأكثروا منه في فقههم ، وإن كان القارئ في كتبهم كثيراً ما يجد هذه العبارة " الحكم في هذه المسألة كذا، واستحساناً كذا " أو " الحكم في المسألة كذا إلا أنا عدلنا عن القياس فيها إلى الاستحسان " .

ولقد كان الإمام أبو حنيفة – رحمه الله – بارعاً في الاستحسان، حتى إن تلميذه محمد بن الحسن قال عنه " إن أصحابه كانوا ينازعونه المقاييس فإذا قال استحسن لم يلحق به أحد "[١].

وروى عبد الرحمن بن القاسم عن مالك أنه قال: "تسعة أعشار العلم الاستحسان[٢] " .

وجاء الشافعي فعد القياس وحده هو الأساس في الاجتهاد بالرأي، واستنباط الأحكام، وأنكر ماعداه، ولذلك رفض الاستحسان، إذ فهمه على أنه اجتهاد بالهوى من غير دليل، وكتب فصلا من كتابه الأم ، سماه إبطال الاستحسان ، مع أنه أخذ في الواقع بالاستحسان الاصطلاحي ، الذي يأخذ به باقي الأئمة ، ولكنه لم يسمه استحسانا .

---

[١] راجع أبو حنيفة للإمام محمد أبو زهرة ص ٣٨٧ ط دار الفكر العربي

[٢] راجع الموافقات جـ٤ ص ٢٠٩ ط دار المعرفة بيروت – لبنان .

وعسانى بهذا العمل أن أساهم مع المساهمين في خدمة الشـــريعة الغراء الذين يريدون لهذه الأمة أن تحقق ذاتها، فنحتكم إلى ما لديها مـــن تشريع واف بكل متطلبات الحياة، وذلك لما فيه من المرونـــة والشـــمول والتجدد، غير غافلة عن الإفادة من ثمرات التطور العلمي عند الآخريـــن وأن تعود من جديد لتمد العالم كما أمدته من قبل بـــأعظم ثمـــرة علميـــة عرفها الإنسان.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين وصل اللهم علـــى ســـيدنا محمد وعلى آله وأصحابه ومن تبعه وعمل بدعوته إلى يوم الدين.

د / صلاح أحمد عبد الرحيم إمام

ثانيا خطة البحث :

لقد قمت بتقسيم هذا البحث إلى ستة مباحث وخاتمة وفهرس لموضوعات البحث وبيانها كالتالي :

المبحث الأول : في تعريف الاستحسان .

المبحث الثاني : في حجية الاستحسان .

المبحث الثالث : في تحقيق مذهب الإمام الشافعي فى الاستحسان.

المبحث الرابع : في أنواع الاستحسان.

المبحث الخامس : في الفرق بين الاستحسان وغيره مما يشتبه به.

المبحث السادس : في أثر خلاف العلماء في الاحتجاج بالاستحسان في الفقه الإسلامي ويشتمل على المسائل الآتية :

المسألة الأولى : في شرط الخيار لغير المتعاقدين .

المسألة الثانية : قبض الهبة بغير إذن الواهب.

المسألة الثالثة : في شركة المفاوضة .

المسألة الرابعة : في إقرار الوكيل بالخصومة.

المسألة الخامسة : في ردة الزوجين معاً.

المسألة السادسة : حكم قاطع الطريق في المصر .

المسألة السابعة : الاشتراك في السرقة .

المسألة الثامنة : اختلاف شهود الزنا في مكان الفعل.

المسألة التاسعة : تصدق بجميع ماله ولم ينو الزكاة .

المسألة العاشرة: في محاذاة الرجل المرأة في الصلاة .

المسألة الحادية عشرة : طهارة خرء الحمام والعصفورة.

المسألة الثانية عشرة: في حدوث عيب في الأضحية.

المسألة الثالثة عشرة: القبول ليس ركناً فى الهبة.

المسألة الرابعة عشرة : في هبة الدين لغير المدين .

الخاتمـــة – ثم الفهارس .

المبحث الأول

في

تعريف الاستحسان[1]

أولا: تعريف الاستحسان في اللغة:

يقول صاحب المصباح[2] : الاستحسان من الحسن وهو عد الشئ واعتقاده حسناً[3].

وقال ابن منظور[4] في لسان العرب: الحسن ضد القبح.

واستقبحت ونقيضه تقول : استحسنت كذا أي اعتقدته حسنا، كذا أي اعتقدته قبيحاً والحُسن نعت لما حُسن[5].

فالاستحسان في اللغة : عد الشئ حسناً مثل الاستقباح عد الشئ قبيحاً[6].

---

(1) يلاحظ في هذا البحث بأني أخرج الحديث في أول وروده وأترجم للعلم كذلك ولا أتعرض لهما بعد ذلك بذكر مثل القول : سبق تخريج الحديث أو سبق ترجمته بالنسبة للعلم .

(2) هو أحمد بن محمد بن على المقرئ الفيومي الحموي ، أبو العباس، لغوي، اشتهر بكتابه المصباح المنير، ولد بالفيوم بمصر ورحل إلى حماه بسورية توفي سنة ٧٧٠هـ (راجع الأعلام جـ١ ص ٢٤٤ ط دار العلم للملايين – بيروت– لبنان).

(3) راجع المصباح المنير جـ١ ص ١٣٦ ط المكتبة العلمية- بيروت لبنان، مختار الصحاح ص ١٣٦ وما بعدها – الناشر دار الحديث – القاهرة.

(4) هو جمال الدين أبو الفضل محمد بن مكرم بن على بن أحمد بن أبي القاسم بن حقة بن منظور الأنصاري الأفريقي، ولد بالقاهرة سنة ٦٣٠هـ . أجمع المترجمون له على أنه كان محدثا فقيها. توفى سنة ٧١١هـ (راجع الأعلام جـ٧ ص ١٠٨)

(5) راجع لسان العرب جـ٢ ص ٨٧٩ ط دار المعرفة – بيروت – لبنان.

(6) راجع التلويح على التوضيح جـ٢ ص ١٦٢ ط محمد على صبيح وأولاده – بمصر.

فالاستحسان : مشتق من الحسن والحسن محركه ما حسن من كل شئ والحسن يطلق على ما يميل إليه الإنسان ويهواه من الصور والمعاني وإن كان مستقبحا عند غيره.

وقيل الاستحسان : طلب الأحسن لاتباعه ، مثل الاستئذان طلب الإذن للدخول[1].

هذا وقد اتفق الأصوليون على أن الاستحسان بالمعنى السابق ليس بحجة ولا يصح أن يكون أصلا من أصول التشريع الإسلامي التي يعتد بها، لأنه قول في الدين بالهوى والتشهي دون رعاية لدليل من أدلة الشرع الثابتة ، والقول في الدين بالهوى والتشهي ممنوع إجماعا، ولا يقول به أحد.

كما اتفقوا أيضا على أن لفظ الاستحسان يجوز استعماله بلا خلاف وذلك لوروده في القرآن الكريم، وفي السنة النبوية، وإطلاق أهل اللغة والاجتهاد.

---

(1) راجع ما قيل في تعريف الاستحسان في القاموس المحيط جـ٣ ص ٢١٥ وما بعدها ط البابي الحلبي وأولاده بمصر المعجم الوسيط جـ١ ص ١٧٤ باب حسن ط دار المعارف، تاج العروس جـ١ص ٣٠٢ ط منشورات مكتبة الحياة- بيروت – لبنان، كشف الأسرار على أصول البزدوي جـ٤ ص ٢ وما بعدها الناشر دار الكتاب الإسلامي، الإحكام للآمدي جـ٤ ص ٢١١ الناشر- دار الحديث القاهرة – أصول السرخسي جـ٢ ص ٢٠٠ ط دار المعرفة – بيروت لبنان، نهاية السول للإسنوي جـ٣ ص ١٣٩ ط محمد على صبيح وأولاده بمصر- كشف الأسرار للنسفي جـ٢ ص ٢٩١ ط دار الكتب العلمية – بيروت – لبنان.

أما القرآن الكريم:

١- فقد قال الله تعالى في شأن التوراة:"**وكتبنا له في الألواح من كل شئ موعظة وتفصيلا لكل شئ فخذها بقوة وأمر قومك يأخذوا بأحسنها سأوريكم دار الفاسقين**"[١].

ففي الآية الكريمة. يأمر الله تعالى – موسى عليه السلام أن يأمر قومه بأن يأخذوا بتعاليم الألواح التي أوحى الله تعالى بها إلى موسى، وأن يتمسكوا بأحسنها ، وما ذلك إلا حينما صفت قلوبهم، ونقت سريرتهم، وطهرت وجدانهم.

٢- قوله تعالى :**﴿ الذين يستمعون القول فيتبعون أحسنه أولئك الذين هداهم الله وأولئك هم أولوا الألباب﴾** [٢].

ففي هذه الآية الكريمة . يمدح الله تعالى المؤمنين الذين يجتنبون عبادة الطاغوت ، ويستمعون لما جاء به محمد ﷺ فيلتزمون بهديه ويتمسكون بهذه التعاليم السامية وما ذلك إلا لصفاء قلوبهم ونقاء ضمائرهم .

٣- قوله تعالى : **﴿ ومن أحسن قولا ممن دعا إلى الله وعمل صالحا وقال إنني من المسلمين﴾**[٣].

ففي هذه الآية الكريمة دعوى صريحة واستحسانا لعمل الدعوة والدعاة والمفكرين من المسلمين حيث يوجهون جهودهم إلى الله تعالى ،

---

(١) سورة الأعراف الآية ١٤٥

(٢) سورة الزمر الآية ١٨

(٣) سورة فصلت الآية ٣٣.

وإلى دعوته حيث ذكت نفوسهم، وأنار الله تعالى بهم الأرض ،لأنهم حملة لواء الإسلام الذي جاء به محمد ﷺ .

٤- قوله تعالى :﴿ **الله نزل أحسن الحديث كتابا متشابها مثاني تقشعر منه جلود الذين يخشون ربهم**﴾[١].

ففي الآية الكريمة : بين أن أحسن ما يسمع مما أنزل الله هو القرآن الكريم ، قال سعد بن أبي وقاص[٢]، قال أصحاب رسول الله ﷺ : لو حدثتنا فأنزل الله تعالى:﴿**الله نزل أحسن الحديث**﴾[٣]. فقالوا: لو قصصت علينا فنزل ﴿**نحن نقص عليك أحسن القصص**﴾[٤]. فقالوا لو ذكرتنا فنزل ﴿ **ألم يأن للذين آمنوا أن تخشع قلوبهم لذكر الله وما نزل من الحق** ﴾[٥].

<u>وأما من السنة</u> :

فقد ورد لفظ الاستحسان في حديث رسول الله ﷺ من ذلك مايلي :

---

(١) سورة الزمر من الآية ٢٣.

(٢) هو مالك بن أهيب بن عبد مناف بن زهرة بن كلاب بن مرة الأمير أبوإسحاق القرشي الزهري المكي أحد العشرة المبشرين بالجنة، وأحد السابقين الأولين للإسلام شهد بدرا والحديبية توفي سنة ٥٦هـ (راجع سير أعلام النبلاء جـ١ ص ٩٢ مؤسسة الرسالة- بيروت، لبنان، أسد الغابة جـ٢ ص ٣٦٦ ط الشعب.

(٣) سورة الزمر من الآية ٢٣.

(٤) سورة يوسف من الآية ٣.

(٥) سورة الحديد من الآية ١٦.

١- قوله ﷺ "ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن "[١].

٢- قوله-ﷺ- "أقربكم مني مجلسا يوم القيامة أحسنكم خلقا "[٢].

ففي الحديثين الشريفين: ذكر للاستحسان والحسن ، حيث وضح وبين رسول الله -ﷺ- أن ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن، كما بين أن أقرب الناس منه يوم القيامة أحسنهم خلقا.

وأما إطلاق أهل اللغة والاجتهاد لفظ الاستحسان واستعماله فما نقل عن الأئمة من استحسان دخول الحمام من غير تقدير عوض للماء المستعمل ، ولا تقدير مدة السكون فيه، وتقدير أجرته، واستحسان شرب الماء من أيدي السقائين من غير تقدير للماء وعوضه.

---

(١) هذا الحديث أخرجه الحاكم في المستدرك عن طريق زر بن حبيش عن عبد الله بن مسعود بنفس اللفظ وقال: صحيح الإسناد ولم يخرجاه، أخرجه الزيلعي من نفس الطريق بنفس اللفظ وقال : حديث غريب ولم أجده إلا موقوفا على ابن مسعود، أخرجه الإمام أحمد في مسنده من نفس الطريق بلفظ أن رسول الله ﷺ قال " إن الله نظر في قلوب العباد بعد قلب محمد ﷺ فوجد قلوب أصحابه خير قلوب العباد فجعلهم وزراء نبيه يقاتلون على دينه فما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وما رأوه سيئا فهو عند الله سيئ" (راجع المستدرك جـ٣ ص ٧٨ وما بعدها كتاب معرفة الصحابة ط دار المعرفة- بيروت - لبنان، نصب الراية جـ٤ ص ١٣٣ كتاب الإجارات- باب الإجارة الفاسدة ط دار المأمون - مصر، مسند الإمام أحمد جـ١ ص ٣٧٩ ط دار صادر - بيروت - لبنان.

(٢) هذا الحديث أخرجه الإمام أحمد في مسنده من طريق ثعلبة الخشني بلفظ قال رسول الله ﷺ " إن أحبكم إلي وأقربكم مني في الآخرة محاسنكم أخلاقا، وإن أبغضكم إلي وأبعدكم مني في الآخرة مساويكم أخلاقا - الثرثارون- المتفيهقون- المتشدقون " (راجع مسند أحمد جـ٤ ص ١٩٣

وقد نقل عن الإمام الشافعي[١]: أنه قال استحسن في المتعة أن تكون ثلاثين درهما، واستحسن ثبوت الشفعة للشفيع إلى ثلاثة أيام، واستحسن ترك شئ من نجوم الكتابة للمكاتب ، وقال في السارق إذا أخرج يده اليسرى بدل اليمنى فقطعت. القياس أن تقطع يمناه ، والاستحسان أن لا تقطع[٢].

وقد نقل عن الإمام مالك[٣] أنه قال : الاستحسان تسعة أعشار العلم، وقال أصبغ بن الفرج المالكي[٤] . الاستحسان فى العلم قد يكون

(١) هو محمد بن إدريس بن العباس القرشي أبو عبد الله، أحد الأئمة الأربعة، ولد في سنة ١٥٠هـ بغزة ، وحمل منها طفلا إلى مكة ، ثم رحل إلى المدينة ، من مؤلفاته ، الأم في الفقه والرسالة في الأصول وغيرهما توفي سنة ٢٠٤هـ (راجع شذرات الذهب جـ٢، جـ٩ ط دار الفكر للطباعة والنشر، طبقات الشافعية للإسنوى جـ١ ص ١٨ ط دار الكتب العلمية بيروت – لبنان).

(٢) راجع ما قاله الإمام الشافعي في نفائس الأصول في اختصار المحصول جـ٩ ص ٤٠٢٧ الناشر مكتبة – نزار مصطفي الباز، البحر المحيط جـ٨ ص ١٠٨ ط الكتبي ، الآيات البينات جـ٤ ص ٢٦٤ ومابعدها ط دار الكتب العلمية – بيروت– لبنان، الإحكام للآمدي جـ٤ ص ٢١٠ وما بعدها الناشر دار الحديث– الإبهاج جـ٣ ص ٢٠٤ الناشر مكتبة الكليات الأزهرية.

(٣) هو مالك بن أنس بن مالك أبو عبد الله إمام دار الهجرة ، وأحد الأئمة الأربعة ، ولد بالمدينة في سنة ٩٣هـ من مؤلفاته : الموطأ، ورسالة في الرد على القدرية وغير ذلك كثير، توفي سنة ١٧٩هـ ودفن بالمدينة (راجع تهذيب التهذيب جـ١ ص ٥ ط دائرة المعارف النظامية– حيدر آباد، وفيات الأعيان جـ٣ ص ٢٨٤ ط دار صادر بيروت– لبنان).

(٤) هو أبو عبد الله أصبغ بن الفرج بن سعيد بن نافع المصري، الإمام الثقة الفقيه المحدث ولد سنة ١٥٠هـ بمصر من مصنفاته كتاب الأصول وكتاب آداب الصيام ، وتفسير حديث الموطأ، توفي سنة ٢٢٥هـ بمصر (راجع شجرة النور الزكية ص ٦٦ الناشر دار الكتاب العربي – بيروت – لبنان، الأعلام جـ١ ص ٣٣٣ ط دار العلم للملايين– بيروت – لبنان).

أغلب عن القياس، وقال: إن المغرق في القياس يكاد يفارق السنة، وإن الاستحسان عماد العلم[1].

وأما الإمام أبو حنيفة[2] فقد حمل لواء الاستحسان. فقد نقل عنه أن أصحابه كانوا ينازعونه المقاييس فإذا قال: استحسن لم يلحق به أحد فيزعنون له[3].

وقال الإمام أحمد[4] في التيمم: استحسن أن يتيمم لكل صلاة ، والقياس أنه بمنزلة الماء، يصلى به حتى يحدث أو يجد الماء، وقال فيمن غصب أرضا فزرعها : الزرع لصاحب الأرض، وعليه النفقة ، وهذا لا يوافق القياس، ولكن استحسن أن يدفع إليه نفقته. وقال : يجوز شراء أرض السواد ولايجوز بيعها، فقيل له كيف يشتري ممن لا يملك ؟ فقال: القياس كما تقول ولكن هو استحسان[5].

---

(1) راجع أقوال المالكية في الموافقات جـ٤ ص٢٠٩ وما بعدها ط دار المعرفة بيروت لبنان، نفائس الأصول في شرح المحصول جـ٩ ص٤٠٢٧، الاعتصام جـ٢ ص١٣٨ ط دار الفكر.

(2) هو النعمان بن ثابت الفقيه الكوفي، ولد سنة ٨٠هـ، وكان خزازا يبيع الخز وجده زوطى من أهل قابل، وأدرك أبو حنيفة جماعة من الصحابة منهم أنس بن مالك ، قال عنه الشافعي الناس في الفقه عيال على أبي حنيفة توفي سنة ١٥٠هـ (راجع وفيات الأعيان جـ٥ ص ٤٠٥، تذكرة الحفاظ جـ١ ص ١٦ ط دار الفكر العربي- بيروت- لبنان.

(3) راجع أبو حنيفة للإمام محمد أبو زهرة ص ٣٨٧.

(4) هو أحمد بن حنبل أبو عبد الله الشيباني الوائلي إمام المذهب الحنبلي وأحد الأئمة الأربعة، وكان أبوه والي سرخس، ونشأ منكبا على العلم، وسافر في سبيله إلى كثير من البلدان الإسلامية، من مؤلفاته مسند في الحديث، وكتاب في الناسخ والمنسوخ وغيرهما كثير، توفي سنة ٢٤١هـ (راجع شذرات الذهب جـ٢ ص ٩٢، الأعلام جـ١ ص ١٩٢) .

(5) راجع أقوال الإمام أحمد في شرح الكوكب المنير جـ٤ ص ٤٢٩ ط جامعة الملك عبد العزيز، المسودة ص ٤٥٢ ط دار الكتاب العربي بيروت لبنان.

مما سبق يتبين لنا أنه لا خلاف في استعمال لفظ الاستحسان، إذا الجميع متفق على استعماله،وإنما الخلاف واقع في معنى لفظ الاستحسان وما يؤدى إليه[1].

وسيأتي بعد قليل بيان حقيقة الاستحسان عند تعريفه في الاصطلاح.

ثانيا : <u>تعريف الاستحسان في الاصطلاح</u> :

لقد اختلف العلماء في تعريف الاستحسان: ونحن بدورنا نذكر هذه التعاريف موضحين من لم يأخذ بالاستحسان، ومن أخذ وعمل به كحجة ودليل من الأدلة الشرعية .

أ- تعريف الاستحسان عند الحنفية

١- <u>تعريف الاستحسان عند المتقدمين</u>:

لم يؤثر عن أبى حنيفة وأصحابه أن عرفوا الاستحسان، أو ضبطوه، أو بينوا أنواعه، ذلك لأن معناه كان معروفا بينهم، ولم يكن أبو

---

(١) راجع استعمال لفظ الاستحسان فى الإحكام الآمدي جـ٤ ص ٢١٠ ومابعدها ، نفائس الأصول في شرح المحصول جـ٩ ص ٤٠٢٧، نهاية السول جـ٣ ص ١٣٩ وما بعدها ط محمد على صبيح وأولاده بمصر، الموافقات جـ٤ ص ٢٠٩، البحر المحيط جـ٨ ص ١٠٨، شرح الكوكب المنير جـ٤ ص ٤٢٩، الإحكام لابن حزم جـ٦ ص ٧٥٧ وما بعدها، ط العاصمة حسين حجازي، كشف الأسرار على أصول البزدوي جـ٤ ص ١٣، التلويح مع التوضيح جـ٢ ص ١٦٢ ط صبيح بالقاهرة ، تفسير القرطبى جـ١٥ ص ٢٤٨- الناشر دار الكتاب العربي – القاهرة ، أصول الفقه للدكتور/ محمد أبو النور زهير جـ٤ ص ١٨٨ وما بعدها ط دار الطباعة المحمدية ، الأدلة المختلف فيها للدكتور عبد الحميد أبو المكارم ص ٢٢٤ وما بعدها الناشر دار المسلم، الأدلة المختلف فيها الدكتور / محمد السعيد على عبد ربه ص ٥٣ وما بعدها .

حنيفة قد وضع أصول فقهه، وإنما نسب للاستحسان الذي كان يقول به معنيان:

أ- *الأول:* وهو لبعض الأصوليين من أصحاب أبى حنيفة، فقالوا : هو دليل ينقدح في نفس المجتهد يعسر عليه التعبير عنه[1].

وهذا المعنى للاستحسان. متردد بين القبول والرد، وذلك لتردد معنى الانقداح بين الشك والوهم، أو الثبوت واليقين، فإن كان الانقداح ناشئا عن وهم وخيال فهذا لا جدال في بطلانه، أما إن كان المجتهد متثبتا ومتيقنا مما أنقدح في ذهنه من دليل ومطمئنا إليه فلا شك أنه يلزمه العمل بما اقتضاه الدليل في حق نفسه ومن قلده، ولابد أن يكون الدليل معتدا به شرعا ، لكن لا يستطيع إلزام الآخرين به، أو الجدال عنه ما لم يكشف عن ماهيته، لأن مالا يقدر المجتهد على التعبير عنه لا يدرى وهم هو أم دليل مقبول شرعا.

وقد اختلف العلماء في قبول هذا التعريف أو رده تبعا للمعنى الذي فسروا به الإنقداح فمن رآه أنه شك ووهم رده، ومن فسره بالاتضاح والظهور قبله.

فإذا فسر الإنقداح بالظهور والاتضاح يكون معنى التعريف أن الاستحسان هو الدليل على حكم شرعي استقر في نفس المجتهد بعد تمعن وتدبر حتى ثبت عنده وتحقق منه ، وإن لم يستطع التعبير عنه.

---

(1) راجع التلويح على التوضيح حـ٢ ص ١٦٣، روضة الناظر وشرحها حـ١ ص ٤٠٧ وما بعدها الناشر- مكتبة الكليات الأزهرية، المسودة ص ٤٥٢، الإحكام للآمدي حـ٤ ص ٢٢٠، إرشاد الفحول ص ٢٤١ ط مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، شرح الكوكب المنير حـ٤ ص ٣٤٠

ونحن نؤيد المعنى الثاني للانقداح ، وهو الظهور والاتضاح، فمن المعلوم أن المتبادر إلى الذهن من اللفظ يكون حقيقة فيه، ولذلك قال العلماء : التبادر أمارة الحقيقة ، وأن المتبادر من الانقداح هو الظهور والاتضاح لا الشك والوهم إذ من المستبعد أن يقول المجتهد بحكم شرعي إلا إذا تحقق وتثبت من دليل الحكم، نظراً لأمانته وتقواه وورعه ومنزلته في العلم، وأما كون المعنى بحيث لا يستطيع المجتهد التعبير عنه هنا، فهو أن المعاني التى تختلف فيها الأنظار ويقع فيها التعارض بين الأدلة كما هو حاصل في كثير من مسائل الاستحسان،وقد لاتصل من الوضوح إلى حد تنطلق بالتعبير عنه،ومع ذلك يكون المجتهد متحققاً ومتيقناً منه[1]

وقد رد الغزالى[2] هذا التعريف فقال : وهذا هوس لأن ما لا يقدر على التعبير عنه لا يدرى أنه وهم وخيال أو تحقيق ، ولابد من ظهوره ليعتبر بأدلة الشريعة لتصححه الأدلة أو تزيفه، أما الحكم بما لا يدري ما هو، فمن أين يعلم جوازه. أبضرورة العقل، أو بسمع متواتر، أو آحاد؟ ولا وجه لدعوى شئ من ذلك كيف، وقد قال أبو حنيفة: إذا شهد أربعة على زنا شخص لكن عين كل واحد منهم زاوية من زوايا البيت وقال زنا، فالقياس أن لا حد عليه، لكنا نستحسن حده. فيقال له لم يستحسن

---

(1) راجع الإحكام للآمدي جـ٢ ص ٢١١، شرح العضد على مختصر ابن الحاجب جـ٢ ص ٢٨٨، حاشية البناني جـ ٤ ص ٣٥٣، الإبهاج جـ٣ ص ٢٠١، روضة الناظر جـ١ ص ٤٠٧، الآيات البينات جـ٤ ص ٢٦٤ ط دار الكتب العلمية بيروت- لبنان، البحر المحيط جـ٨ ص ١٠٣

(2) هو حجة الإسلام محمد بن أحمد الطوسى أبو حامد الغزالى الشافعي المولود بمدينة طوس من أعمال خراسان سنة ٤٥٠هـ ، ونبغ في كثير من العلوم الشرعية والعقلية والتصوف له مائة كتاب ومقالة، ورسالة توفي سنة ٥٠٥هـ(راجع الأعلام جـ٧ ص ٢٤٧، شذرات الذهب جـ ٤ ص ١٠)

سفك دم مسلم من غير حجة إذ لم تجتمع شهادة الأربعة على زنا واحـــد وغايته أن يقول تكذيب المسلمين قبيح وتصديقهم وهـــم عــدول حســن فنصدقهم ونقدر دورانه في زنية واحدة على جميع الزوايا بخلاف ما لـــو شهدوا في أربع بيوت فإن تقدير التزاحف بعيد. وهذا هوس لا نصدقـــهم ولا نرجم المشهود عليه كما لو شهد ثلاثة، وكما لو شـــهدوا فـــي دور، وندرأ الرجم من حيث لم نعلم يقينا اجتماع الأربعة على شـــهادة واحـــدة فدرء الحد بالشبهة أحسن. كيف وإن كان هذا دليلا فـــلا ننكـــر الحكـــم بالدليل، ولكن ينبغي أن نسمي بعض الأدلة استحسانا[1].

وقال الآمدي[2] عن هذا التعريف : والوجه في الكلام عليه أنـه إن تردد فيه بين أن يكون دليلا محققاً، ووهماً فاسداً . فلا خلاف في امتنـــاع التمسك به، وإن تحقق أنه دليل من الأدلة الشرعية، فلا نزاع في جـــواز التمسك به أيضاً، وإن كان في غاية البعد، وإنما النزاع فـــي تخصيصـــه باسم الاستحسان عند العجز عن التعبير عنه دون إمكان التعبير عنه[3].

---

(1) راجع قول الإمام الغزالي في المستصفى جـــ١ ص ٢٨١ ط دار الفكر، المنخول ص ٤٧٧ ط دار الفكر- بيروت - لبنان، بدائع الصنائع جـــ٧ ص ٤٩ ط دار الكتاب العربي- بيروت - لبنان.

(2) هو علي بن أبي بن محمد بن سالم الثعلبي الفقيه الأصولي سيف الدين الآمدي ولد سنة ٥٥١هـــ بآمد وقدم بغـــداد وقرأ القراءات وتفنن في قراءة العقليات، صنف في أصول الفقه : والمنطق، والحكم، والخلاف توفي سنة ٦٣١هـــ (راجع وفيات الأعيان حـــ٣ ص ٢٩٣، الفتح المبين حـــ٢ ص ٨٤، شذرات الذهب حـــ٥ ص ١٤٤)

(3) راجع الإحكام للآمدي جـــ٤ ص ٢١١

وقال البيضاوي [١]: إنهم إن أرادوا بقولهم " ينقدح في نفس المجتهد " أنه يشك فيه- فهو مردود كما هو ظاهر، وإن أرادوا به أنه تيقن صحته فهو صحيح يجب عليه أن يعمل به[٢]أهـ.

وبعد ذكر أقوال العلماء عن هذا التعريف للاستحسان أرى أن هذا التعريف لا يصلح أن يكون محلا للنزاع ، لأن المجتهد إن قطع بما وقع في ذهنه فلا خلاف في أنه يصح الاعتماد عليه في استنباط الحكم، ويكون حجة عنده فى إثبات الأحكام، وإن لم يقطع بما وقع في ذهنه بأن شك أو توهم فلا خلاف في أنه لا يصح له الاعتماد على ذلك في استنباط الأحكام.

الثاني : عرفه الكرخى[٣] من الحنفية : بأنه العدول بالمسألة عن حكم نظائرها إلى حكم آخر، لوجه يقتضي هذا العدول.

ومعنى هذا . أن يعدل المجتهد عن أن يحكم في مسألة بحكم مماثل لحكم نظائرها، إلى حكم آخر يخالف حكم نظائرها لوجود دليل أقوى من الدليل الذي يقتضي مساواتها بنظائرها.

---

(١) هو القاضى ناصر الدين أبو الخير عبد الله بن محمد بن على قاضى القضاة البيضاوي نسبة إلى البيضاء بلاد فارس، من تصانيفه الطوالع، والمنهاج، توفي سنة ٦٩١هـ (راجع شذرات الذهب جـ٥ ص ٣٩٢، البداية والنهاية جـ١٣ ص ٣٠٩، الفتح المبين جـ٢ ص ٨٨).

(٢) راجع الإبهاج جـ٣ ص ٢٠١، نهاية السول جـ٣ ص ١٤٠، أصول الفقه للدكتور / زهير جـ٤ ص ١٩٠

(٣) هو عبيد الله بن الحسين الكرخى فقيه انتهت إليه رئاسة الحنفية بالعراق مولده بالكرخ وهى قرية من قرى بغداد، له رسالة في الأصول التي عليها مدار الحنفية ، وشرح الجامع الكبير. توفى سنة ٣٤٠هـ (راجع الأعلام جـ٤ ص ١٩٣، الفوائد البهية ص ١٠٨ ط دار المعرفة – بيروت– لبنان).

مثال ذلك : قول القائل لله عليّ أن أتصدق بمالي، أو مالي صدقة فإن المال هنا مفرد مضاف فيعم جميع أنواع الأموال سواء أكانت من أموال الزكاة أو من غيرها ومقتضى العموم هو وجوب التصدق بجميع ما يملكه من مال، إلا أن هناك دليلا آخر منع من العمل بمقتضى هذا العموم وهو قوله تعالى : ﴿ **خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها وصل عليهم إن صلاتك سكن لهم والله سميع عليم**﴾ [1].

فإن المراد من الأموال في الآية الكريمة أموال الزكاة إجماعاً – فليكن كذلك في قول القائل " مالي صدقة " والجامع بين الأمرين إضافة الصدقة إلى المال في الموضعين .

فأنواع المال نظائر تندرج تحت جنس المال، وقد أخرج بعضها، وهي الأموال التي لا تجب فيها الزكاة فحكم لها بحكم يخالف حكم نظائرها ، وهو عدم وجوب التصدق بها، بعكس نظائرها فقد حكم فيها بوجوب التصدق بها في النذر، والدليل الذي أدى إلى الحكم فيها بخلاف نظائرها هو الآية المتقدمة : وهو أقوى من الدليل الذي اقتضى مساواتها لنظائرها في الحكم ، والدال على وجوب الوفاء بالنذر مثل قوله تعالى : ﴿ **ثم ليقضوا تفثهم وليوفوا نذورهم وليطوفوا بالبيت العتيق**﴾[2] ولعموم قوله تعالى :﴿ **يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود**﴾[3].ولأن الله تعالى مدح به فقال تعالى: ﴿ **يوفون بالنذر**﴾[4] . وأخبر بوقوع العقاب بنقيضه

---

(1) سورة التوبة الآية ١٠٣

(2) سورة الحج الآية ٢٩

(3) سورة المائدة من الآية ١.

(4) سورة الإنسان من الآية ٧.

فقال تعالى :﴿ ومنهم من عاهد الله لئن آتانا من فضله لنصدقن ولنكونن من الصالحين، فلما آتاهم من فضله بخلوا به وتولوا وهـــم معرضـــون فأعقبهم نفاقاً في قلوبهم إلى يوم يلقونه بما أخلفوا الله ما وعدوه وبمـــا كانوا يكذبون[1]﴾.

ولأن الإجماع منعقد على وجوب الوفاء بالنذر[2] . فهذا التعريـــف وإن بين صورة الاستحسان عند الحنفية . من أنه إخراج صـــــورة عـــن حكم نظائرها إلى حكم آخر لمقتضى، لكن يترتب على الأخذ به أن يكون العدول عن العموم إلى الخصوص وعن المنسوخ إلى الناسخ استحســـاناً، وليس باستحسان عندهم [3].

وقد يجاب بأن الذي يعنينا ليس مطلق العدول، بل العـــدول عـــن حكم القاعدة العامة وسنن القياس في مسألة ما إلى دليل آخر ، علـــــى أن الاستحسان بهذا المعنى الذي ذهب إليه الكرخي ما هو إلا دليـــل خـــاص من كتاب أو سنة ، أو غيرهما عارض دليلا عاماً وخصصه وليس دليـــلاً جديداً ، ولا نزاع في تخصيص العام بالخاص، إذا صح الخاص، وهـــذا غير متنازع فيه بل هو محل اتفاق[4].

---

(1) سورة التوبة الآيات (٧٥، ٧٦، ٧٧).

(2) راجع كشف الأسرار على أصول البزدوى جـ٤ ص ٣ الإحكام للآمدي جـ٤ ص ٢١٢ ، التلويح جـ٢ ص ١٦٢، شرح العضد على المختصر جـ٢ ص ٢٨٨، نهاية السول جـ٣ ص ١٤٠، الإبهاج جـ٣ ص ٢٠١ ، نفائس الأصول جـ٩ ص ٤٠٣٢، الأدلة المختلف فيها للدكتور/ محمد السعيد على عبد ربه ص ٥٦ وما بعدها، البحر المحيط جـ٨ ص ١٠٠.

(3) الإحكام للآمدي جـ٤ ص ٢٢٢.

(4) أصول الفقه للدكتور/ محمد أبو النور زهير جـ٤ ص ١٩٠، البحر المحيط جـ٨ ص ١٠٠

٢- **تعريف الاستحسان عند متأخري الحنفية :**

اعلم أن بعض القادحين في المسلمين طعن على أبي حنيفة وأصحابه- رحمهم الله – فى تركهم القياس بالاستحسان . وقال : حجج الشرع – الكتاب ، والسنة والإجماع ، والقياس، والاستحسان قسم خلص لم يعرف أحد من حملة الشرع سوى أبى حنيفة وأصحابه أنه من دلائل الشرع ، ومن هنا عمد المتأخرون منهم إلى الدفاع عن الاستحسان ، فضبطوه وبينوا معناه وأقسامه، رداً على من قال إن الاستحسان تشريع بالهوى وقول في الدين بدون دليل. ولذلك نقل عنهم تعاريف كثيرة رفعت الخلاف بشأن الاستحسان، وكشفت عن حقيقته أنه ليس حكماً بالهوى والشهوة ، بل حكم مستمد من مجموع علم الفقه بمقاصد الشريعة وغاياتها : ونحن بدورنا نذكر بعض هذه التعاريف.

أ- تعريف الكمال بن الهمام[1] للاستحسان:

الاستحسان عند الحنفية يطلق بإطلاقين أحدهما إطلاق خاص، وهو قياس خفي وقع في مقابله قياس جلى ، ويسمى الاستحسان القياسي.

وبيانه : أن يكون فى المسألة التي ينظر الفقيه في حكمها وصفان يقتضيان قياسين متباينين :-

أحدهما : ظاهر جلي ، وهو ما يتبادر إليه الذهن ابتداءً ويحكم بمقتضاه في نظائرها.

---

(١) هو كمال الدين بن محمد عبد الواحد بن مسعود السيواسي الإسكندري المعروف بابن الهمام الحنفي ولد سنة ٧٩٠هـ من تصانيفه. فتح القدير للعاجز الفقير والتحرير في أصول الفقه وغيرهما توفى سنة ٨٦١هـ (راجع شذرات الذهب ج٧ ص ٢٩٨ وما بعدها).

والثاني : خفي وهو مالا يتبادر إليه الذهن إلا بعد النظر والتأمل، فيلحقها الفقيه بالثاني مع خفائه نظراً لقوة تأثيره فيها ولا يلحقها بالأول مع ظهوره وجلائه نظراً لضعف تأثيره فيها، فإذا عدلنا عما يقتضيه القياس الظاهر من الحكم إلى ما يقتضيه القياس الخفي لوجه يرجح العدول ، كان هذا العدول استحساناً، ويسمى الحكم الثابت به حكماً مستحسناً وثابت على خلاف القياس.

مثال ذلك : قياس سؤر سباع الطير، كالصقر، والنسر، والحدأة على سؤر الإنسان بجامع أن كلا منهما لايؤكل لحمه، وسؤر الإنسان طاهر فسؤر سباع الطير كذلك: فهذا قياس خفي قوي الأثر ، وقع في مقابلة قياس جلي ضعيف الأثر هو قياس سؤر سباع الطير، على سؤر سباع البهائم كالأسد، والفهد والذئب، بجامع أن كلا منهما لحمه نجس ، وسؤر البهائم نجس لاختلاطه باللعاب النجس فسؤر ، سباع الطير كذلك نجس، والحنفية قد أخذوا بالقياس الخفي، لأنه أقوى تأثيراً من الظاهر وأثبتوا طهارة سؤر سباع الطير وسموا ذلك استحساناً .

وفي هذا الإطلاق يقول السرخسي[1] : والاستحسان فى الحقيقة قياسان.

أحدهما : جلى ضعيف الأثر يسمى قياساً ، والآخر خفي قوي الأثر فيسمى استحسانا ، أى قياساً مستحسناً. فالترجيح إذن بالأثر لا

---

(1) هو محمد بن أحمد بن سهل أبو بكر شمس الأئمة السرخسي نسبة إلى سرخس من أعمال خراسان ، من أشهر مؤلفاته المبسوط في الفقه ، أصول السرخسي في الأصول، وشرح الجامع الصغير وغير ذلك كثير (راجع الفوائد البهية ص ١٥٨، الأعلام جـ٥ ص ٣١٥)

بالإخفاء والوضوح كالدنيا مع العقبى فـــإن الدنيـــا ظـــاهرة ، والعقبى باطنة وترجحت بالصفاء والخلود[1].

ثانيهما: أي الإطلاق الثاني : وهو أن الاستحسان دليل وقع في مقابلــة القياس سواء كان الدليل نصاً، أو إجماعا.

مثاله : السلم فإن النص دل على جوازه والقياس الظاهر يقضي بعــدم الجواز، لعدم وجود المعقود عليه عند العقد، وكذلك الاستصناع وهو طلب الصنعة لما فيه تعامل كالخف والنعل، فإن الإجمــاع يدل على جوازه ، والقياس الجلي يقتضي منعه، لكون المعقــود عليه غير موجود وقت العقد.

وهذا الإطلاق ليس كسابقه ، فإن الإطلاق السابق كان الاستحســان فيه عبارة عن تعارض بين علتين أحدهما ظاهرة والأخرى خفية ، وأمــا هنا فإن التعارض ليس واقعا بين علتين، وإنما هو واقع بين علة قيـــاس ودليل آخر غير القياس، وهذا الدليل قـــد يكـــون نصـــاً أو إجماعـــاً، أو ضرورة، وسيأتي ذكر الأمثلة عند الكلام على أنواع الاستحسان.

ويلاحظ على هذا التعريف. أن الإطلاق الأول يفتقر إلى شـــمول أنواع الاستحسان عند الحنفية، حيث اقتصر علـــى نـــوع واحـــد وهـــو الاستحسان القياسي. والإطلاق الثاني حصر الاستحسان في هذه الأنـــواع الأربعة - النص، والإجماع، والقياس، والضرورة – مع أن أنواعه تربوا على الثمانية وسيأتي بيانها في ما بعد عند ذكر أنواع الاستحسان.

---

(1) راجع أصول السرخسي جـــ٢ ص ٢٠٣، المبسوط جـــ١ ص ١٤٥ ط دار المعرفة بيروت – لبنان.

وأيما كان الأمر فإن الاستحسان بالمعنى الذي ذكره الكمال بن الهمام لا يصلح أن يكون محلا للنزاع لأنه يرجع إلى العمل بالقياس الخفي لترجحه على القياس الظاهر، أو إلى العمل بالنص أو الإجماع، وترك القياس الظاهر وليس ذلك مما ينبغي الخلاف فيه لأن العمل بالدليل الراجح متفق عليه بين جميع الأئمة، فالعمل بالاستحسان بهذا المعنى محل اتفاق، وليس فيه خروج على النصوص الشرعية، ولم ينكر أحد على أبي حنيفة الاستحسان بالأثر، والإجماع، والضرورة، لأن ترك القياس بهذه الدلائل مستحسن بالاتفاق[1].

ب- تعريف السرخسي للاستحسان:

إن الاستحسان عنده ينقسم إلى قسمين :

الأول : العمل بالاجتهاد وغالب الرأي في تقدير ما جعله الشرع موكولا إلى آرائنا،نحو المتعة المذكورة في قوله تعالى:**﴿متاعا بالمعروف حقا على المحسنين﴾**[2].أوجب ذلك بحسب اليسار والعسرة، وشرط أن يكون بالمعروف فعرفنا أن المراد ما يعرف استحسانه بغالب الرأي ،وكذلك قوله:**﴿وعلى المولود له رزقهن وكسوتهم**

(1) راجع تعريف الكمال بن الهمام للاستحسان وما قيل فيه في التقرير والتحرير جـ٣ ص ٢٢٢ وما بعدها، المبسوط جـ١٠ ص ١٤٥، كشف الأسرار للبخاري جـ٤ ص ٣، كشف الأسرار للنسفي جـ٢ ص٢٩١ وما بعدها، غاية الوصول للأنصاري ص١٤٧ ط صبيح وأولاده - بمصر، فواتح الرحموت وشرحه جـ٢ ص ٣٢٢ ط دار الفكر، تيسير التحرير جـ٤ ص٧٨ ط مصطفى البابي الحلبي وأولاده- بمصر، التوضيح جـ٢ ص١٦٤، أصول الفقه للدكتور/ محمد أبو النور زهير جـ٤ ص ١٨٩ وما بعدها، الأدلة المختلف فيها لأستاذي الدكتور/ محمد السعيد على عبد ربه ص ٥٤ وما بعدها، الأدلة المختلف فيها لأستاذي الدكتور/ حلال الدين عبد الرحمن ص ٢٠٦ ومابعدها.

(2) سورة البقرة من الآية ٢٣٦

بالمعروف﴾ [1]. ثم قال : ولا يظن بأحد من الفقهاء أنه يخالف هذا النوع من الإستحسان .

الثاني : هو الدليل الذي يكون معارضا للقياس الظاهر الذي تسبق إليه الأوهام قبل إمعان التأمل فيه، وبعد إمعان التأمل في حكم الحادثة وأشباهها من الأصول، يظهر أن الدليل الذي عارضه فوقه في القوة ، فإن العمل به هو الواجب ، فسموا ذلك استحسانا للتمييز بين هذا النوع من الدليل، وبين الظاهر الذي تسبق إليه الأوهام قبل التأمل، على أن معنى أنه يمال بالحكم عن ذلك الظاهر لكونه مستحسنا لقوة دليله[2].

ويلاحظ على هذا التعريف أن القسم الأول ليس داخلا في مفهوم الاستحسان الأصولي عند الحنفية ، لأن التقديرات التي جعلها الشارع موكولة لتقدير للمجتهدين ، لا يقال إنها استحسان، لأن الاستحسان عند فقهاء الحنفية والذي فهم من كتبهم الفقهية محصور بين أمرين :

أ – ترجيح قياس خفي على قياس ظاهر.

ب– استثناء مسألة جزئية من قاعدة كلية أو ترجيح دليل والعمل به في مقابلة القياس.

والقسم الثانى : يشمل أنواع الاستحسان كلها، لأن الدليل المعارض للقياس الظاهر قد يكون نصا أو إجماعا، أو قياسا خفيا، أو ضرورة، وكلمة دليل تشمل ذلك كله.

---

(1) سورة البقرة من الآية ٢٣٣

(2) راجع أصول السرخسي جـ٢ ص ٢٠٠ وما بعدها.

جـ- تعريف السرخسي للاستحسان في كتابه المبسوط:

عرف السرخسي الاستحسان بعدة تعاريف هى ما يلى :

١-**الاستحسان** : ترك القياس والأخذ بما هو أوفق للناس.

٢-**الاستحسان** : طلب السهولة في الأحكام فيما يبتلى فيه الخاص والعام.

٣-**الاستحسان** : الأخذ بالسعة وابتغاء الدعة .

٤-**الاستحسان** : الأخذ بالسماحة وابتغاء ما فيه الراحة وحاصل هذه العبارات أنه ترك العسر لليسر ، وهو أصل في الدين قال تعالى : **﴿يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر﴾**[١]. وغاية الاستحسان بأنواعه إنما هو ترك العسر في الأحكام عند حصوله إلى اليسر.

فالقيام في الصلاة ركن لا تصح صلاة الفريضة بدونه هذه القاعدة هي الأصل في صحة الصلاة، والقياس عليها يقتضي بطلان صلاة القاعد في الفريضة ، ولكن عُدل عن حكم القاعدة في حال المرض إلى صحة الصلاة لوجود العسر والمشقة.

وكذلك أباح الشارع الإفطار للمسافر والمريض لوجود العسر والمشقة ، وكذلك طهارة الحياض التي تنجست بوقوع البعر فيها في البراري إذا كانت النجاسة قليلة لرفع المشقة والعسر .

وكذلك المرأة عورة من رأسها إلى قدمها، ويحرم النظر إلى كل عورة، ولكن أبيح النظر استثناءً إلى بعض المواضع منها للحاجة

---

(١) سورة البقرة من الآية ١٨٥

والضرورة، فكان ذلك استحسانا لكونه أرفق بالناس وتركاً للعسر إلى اليسر[1].

ويلاحظ على هذا التعريف وإن كان صحيحاً .إلا أنه أراد أن يعرف الاستحسان بغايته ومآله أو الهدف منه، وأراد أن يبين أن أصل مشروعية الاستحسان للتيسير ومنع غلو القياس. كما أن التخفيف لابد له من ضوابط ، فليست كل مشقة تستوجب العدول والاستثناء، وليس كل يسر مقبولا لدى الشائع، فإذا تحققت الضوابط والشروط اللازمة للتخفيف كان الخروج عن القواعد العامة شائعاً أيا كانت المصطلحات والأسماء.

د- تعريف البزدوي[2] للاستحسان:

الاستحسان : هو العدول عن موجب قياس إلى قياس أقوى منه.

ومعنى هذا أن يكون في المسألة قياسان، أحدهما جلي ظاهر، ولكنه ضعيف الأثر لضعف علته، والآخر قياس خفي قوي الأثر، فيرجح المجتهد العمل بالقياس الخفي استحساناً لقوة علته، وهذا معنى قوله: إلى قياس أقوى منه، فالقوة منشؤها العلة[3].

---

(1) راجع هذا التعريف وما قيل فيه في المبسوط جـ١٠ ص ١٤٥، أصول الفقه للشيخ أبي زهرة ص ٢٤٧.

(2) هو علي بن محمد الحسين عبد الكريم أبو الحسن فخر الإسلام البزدوي ، نسبة إلى بزدة ببلاد ما وراء النهر، تبحر في الفقه الحنفي وأصوله، ومن مؤلفاته أصول البزدوي، وغناء الفقهاء، وتفسير في القرآن وغيرها. توفي سنة ٤٨٢هـ (راجع الأعلام جـ٤ ص ٣٢٨)

(3) راجع كشف الأسرار على أصول البزدوي جـ٤ ص ٦ ، التوضيح جـ٢ ص ١٦٣، شرح العضد على مختصر ابن الحاجب جـ٢ ص ٢٨٨ الناشر الكليات الأزهرية.

ويلاحظ على هذا التعريف. بأنه غير جامع لأنه غير شامل لأنواع الاستحسان عند الحنفية، لأنهم يرون أن أنواع الاستحسان. العدول عن موجب القياس إلى النص من الكتاب، أو السنة ، أو العادة.

يقول الآمدي فى الاعتراض على هذا التعريف: ويخرج منه الاستحسان عندهم بالعدول عن موجب القياس إلى النص من الكتاب،أو السنة، أو العادة.

أما الكتاب:

فكما في قول القائل " مالي صدقة " فإن القياس لزوم التصدق بكل مال له، وقد استحسن تخصيص ذلك بمال الزكاة كما في قوله تعالى : **﴿خذ من أموالهم صدقة﴾**[1]. ولم يرد به سوى مال الزكاة.

وأما السنة:

فكاستحسانهم أن لا قضاء على من أكل ناسيا فى نهار رمضان، والعدول عن حكم القياس إلى قوله ﷺ لمن أكل ناسيا "الله أطعمك وسقاك"[2].

(1) سورة التوبة من الآية ١٠٣

(2) هذا الحديث أخرجه البخاري في صحيحه من طريق أبي هريرة رضي الله عنه (راجع فتح الباري بشرح صحيح البخاري جـ٤ ص ١٥٥ باب رقم ٢٦ حديث رقم ١٩٣٣ ، كتاب الصوم - باب الصائم إذا أكل أو شرب ناسيا. ط دار المعرفة - بيروت لبنان).

وأما العادة:

فكالعدول عن موجب الإجازات في تقدير الماء المستعمل في الحمام،وتقدير السكنى فيها، ومقدار الأجرة للعادة في ترك المضايقة في ذلك[1].

وقال ابن الحاجب[2] بعد ذكره التعريف السابق: وهذا مما لا نزاع في قبوله[3] بناء على أنه نوع من أنواع الاستحسان

هـ- تعريف صدر الشريعة[4] للاستحسان:

الاستحسان : هو دليل يقابل القياس الجلي[5].

ومعنى هذا التعريف : أن الاستحسان هو العمل بأقوى الدليل، عندما يتجاذب المسألة دليلان أحدهما عام والآخر جاري مجرى سنن القياس ويدخل بكلمة دليل في التعريف أنواع الاستحسان عند الحنفية، لأن الدليل قد يكون نصاً أو إجماعا أو قياسا خفياً.

---

(1) راجع الإحكام للآمدي جـ٤ ص ٢١١ وما بعدها.

(2) هو أبو عمرو عثمان بن عمر أبي بكر الزويني فقيه، مالكي، كردي الأصل ولد في إسنا بصعيد مصر سنة ٥١٧ هـ من مؤلفاته مختصر ابن الحاجب في الأصول، ومنتهى الأمل من علمي الأصول والجدل وغيرها (راجع الفتح المبين جـ٢ ص ٦٥ وما بعدها ، حسن المحاضرة جـ١ ص ٢٥٠ ط الموسوعات لصاحبها إسماعيل حافظ).

(3) راجع مختصر ابن الحاجب بشرح العضد جـ٢ ص ٢٨٨

(4) هو عبيد الله بن مسعود بن محمود بن عبيد الله بن محمود – صدر الشريعة المحبوبي الحنفي فقيه أصولي له مصنفات كثيرة توفي – رحمه الله – سنة ٧٤٧هـ (راجع طبقات الأصوليين جـ٢ ص ١٦١، مفتاح السعادة جـ٢ ص ١٩٠).

(5) راجع التوضيح جـ٢ ص ١٦٢

ويلاحظ على هذا التعريف أنه ذكر كلمة دليل مطلقة في المقابلة دون ذكر الترجيح ، ولو قال الاستحسان هو العمل بالدليل الذي يقابل القياس الجلي لكان أولي لبيان حقيقة الاستحسان .

وعرفه بعضهم بأنه عبارة عن تخصيص قياس بدليل أقوى منه.

ويلاحظ على هذا التعريف أن الاستحسان تخصيص العلة والاستحسان ليس بتخصيص[1].

هذا وبعد ذكر تعريف المتقدمين والمتأخرين من الحنفية للاستحسان يتبين أن الاستحسان ليس قولا بالهوى والتشهي من غير دليل وإنما هو دليل شرعي راجع في جملته إلى الأدلة الشرعية. ويعجبني في هذا المقام ماجاء في البحر المحيط: " واعلم أنه إذا حرر المراد بالاستحسان زال التشنيع، وأبو حنيفة برئ إلى الله من إثبات حكم بلا حجة[2]، فأبو حنيفة أجل قدراً، وأشد ورعاً من أن يقول في الدين بالتشهي ، بل عمل بما استحسنه من دليل قام عليه شرعاً ، فكان الطعن فيه من غير روية، وقدح من غير وقوف على المراد[3].

٣- تعريف الاستحسان عند المالكية

اشتهر الإمام مالك ﷺ بالقول بالاستحسان ، ولكن لم ينقل عنه تحديد هذا الاستحسان ، بل إطلاق هذه اللفظة في بعض المسائل وإن لم تكن كثيرة كثرتها في الفقه الحنفي . ويظهر أنه كان يكتفي بالمعنى

---

(١) راجع المرجع السابق، كشف الأسرار على أصول البزدوي جـ٤ص٣، الإحكام للآمدي جـ٤ ص ٢١٢ وما بعدها.

(٢) راجع البحر المحيط للزركشي جـ٨ ص ٩٧

(٣) راجع كشف الأسرار على أصول البزدوي جـ٢ ص ٣

ويترك العنوان في غالب الأحيان، على نهج القول بالمصالح، حيث فاق الأقران في الإفتاء بها واعتبارها، حتى اشتهرت به واشتهر بها. وليس معنى هذا أن يقول في كل فتوى : هذا الحكم لمصلحة هي كذا، أو الدليل على هذا هى المصلحة .

ولعل القائلين إنه لم يقل بالاستحسان إلا فى مسائل معدودة يعنون بها المسائل التى صرح فيها بلفظة الاستحسان. وإلا فما معنى قوله " الاستحسان تسعة أعشار العلم "[1]. وكذلك لم يحدد التلاميذ الأولون هذا الاستحسان حيث لم يوجد حاجة إلى مثل هذا التحديد، بل قال أصبغ بن فرج المالكي " الاستحسان في العلم قد يكون أغلب من القياس " وقد بالغ فيه فقال " إن المغرق في القياس يكاد يفارق السنة ، وأن الاستحسان عماد العلم "[2].

ولما قامت الخصومات حول الاستحسان وهل هو دليل شرعي أولا ؟ .عرفوه مع اختلاف في العبارات، كل يذهب إلى ناحية، والظاهر أنهم قصدوا إثبات أنه غير خارج عن الأدلة، ونفى أنه تشريع بالهوى ، ولم يقصدوا تفصيل أنواعه واستيعابها، وعباراتهم فى التعريف تبدو متقاربة لاتختلف إلا في العموم والخصوص[3]. وإليك بعضاً منها.

---

(1) راجع الموافقات جـ٤ ص ٢٠٩

(2) راجع الاعتصام جـ٢ ص ١٣٨

(3) راجع تعليل الأحكام للدكتور / محمد مصطفى شلبي جـ٣٦٥ وما بعدها ط الأزهر.

أ- تعريف ابن العربي للاستحسان :

عرف ابن العربي[١] الاستحسان بأنه عبارة عن :

" إيثار ترك مقتضى الدليل على طريق الاستثناء والترخص لمعارضة ما يعارض به في بعض مقتضياته " وقسمه أقساما أربعة وهي: ترك الدليل للعرف، وتركه للإجماع، وتركه للمصلحة ، وتركه لليسير التافه لرفع المشقة وإيثار التوسعة على الخلق[٢].

وقال في أحكام القرآن " الاستحسان عندنا وعند الحنفية هو العمل بأقوى الدليلين ، فالعموم إذا استمر، والقياس إذا اطرد ، فإن مالكا وأبا حنيفة يريان تخصيص العموم بأى دليل كان، من ظاهر أو معنى ، ويستحسن مالك أن يخص بالمصلحة، ويستحسن أبو حنيفة أن يخص بقول الواحد من الصحابة الوارد بخلاف القياس، ويريان معا تخصيص القياس ونقض العلة [٣].

ب- تعريف ابن رشد للاستحسان :

عرف ابن رشد[٤] الاستحسان فقال : " الاستحسان الذى يكثر استعماله، هو طرح القياس الذى يؤدي إلى غلو في الحكم ومبالغة فيه،

---

(١) هو أبو بكر محمد بن عبد الله بن محمد بن عبد الله الأندلسي المالكي ولد سنة ٤٦٨هـ من تصانيفه المحصول في الأصول، والإنصاف في مسائل الخلاف، والأحكام وغير ذلك توفي سنة ٥٤٣هـ ودفن بفارس (راجع معجم المؤلفين جـ١ ص ٢٤٢ وما بعدها، الأعلام جـ٦ ص ٢٣٠)

(٢) راجع الموافقات جـ٤ ص ٢٠٨

(٣) راجع المرجع السابق : حيث نقله الشاطبي عن ابن العربي وإن كان لايوجد في أحكام القرآن الكريم له.

(٤) هو محمد بن أحمد بن رشد القرطبي المالكي، أفقه أهل الأندلس، من تصانيفه المقدمات لأوائل كتب المدونة ، البيان والتحصيل لما في المستخرجة من التوجيه والتعليل، مختصر المبسوط وغيرها توفي سنة ٥٢٠ هـ (راجع شذرات الذهب جـ٤ ص ٦٢)

فيعدل عنه في بعض المواضع لمعنى يؤثر في الحكم يختص بـــه ذلـك الموضع. ثم قال: الحكم بغلبة الظن أصل في الأحكام. وهذا كمـا تـرى خاص إن فُسر القياس بمعناه المعروف عند الأصوليين ، وأما إن فُسـر بالمعنى الأعم كان مرادفاً لتعريف ابن العربي السابق[1].

جـ- تعريف الشاطبي وبعض المالكية للاستحسان :

عرف الشاطبي[2] وغيره الاستحسان :بأنـه اسـتعمال مصلحـة جزئية في مقابلة قياس كلي ، فهو تقديم الاستدلال المرسل على القياس.

ومعنى هذا التعريف : أن من استحسن لم يرجع إلى مجرد ذوقـه وتشهيه، وإنما رجع إلى ما علم من قصد الشارع في الجملة في أمثـال تلك الأشياء المفروضة ، كالمسائل التى يقتضي القياس فيها أمـرا إلا أن ذلك الأمر يؤدي إلى فوات مصلحة من جهة أخري ، أو جلـب مفسـدة كذلك[3].

مثال ذلك : لو اشترى سلعة بالخيار ثم مات وله ورثة فقيل يرد، وقيـل: يختار الإمضاء. وقال أشهب[4]: القياس الفسخ، ولكنا نستحسـن إن أراد الأمضاء أن يأخذ الأرش من لم يمض إذا امتنع البائع من قبول نصيـب

(1) راجع الاعتصام جـ2 ص 139 ط دار الفكر - مالك لأبي زهرة ص 298 ط دار الفكر العربي

(2) هو إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي المالكي الشهير بالشاطبي أبو اسحاق- محدث، فقيـه، أصـولي ، مفسر من مؤلفاته عنوان التعريف بأسرار التكليف في الأصول، والموافقات في أصول الأحكام، والاعتصام وغيرهـا توفي سنة 790هـ (راجع شجرة النور الزكية ص 231)

(3) راجع الموافقات جـ4 ص 306، البحر المحيط جـ8 ص 98، نفائس الأصول جـ9 ص 4027

(4) هو أبو عمر بن عبد العزيز بن داود القيسي العامري المصري إليه انتهت رئاسة المالكية بمصر بعد موت ابن القاسم ، ولد في سنة 140هـ وتوفى 204هـ (راجع الأعلام جـ1 ص 333 ، وفيات الأعيان جـ1 ص 238).

الراد وقال ابن القاسم[1]: قلت لمالك : لم يقضي بالشاهد واليمين في جراح العمد الأموال[2].

د- تعريف أشهب المالكي وبعض المالكية للاستحسان:

فقد عرفوا الاستحسان بأنه العدول عن حكم الدليل إلى العادة لمصلحة الناس. كدخول الحمام، والشرب من السقا، مما لا يحدد فيه زمان الانتفاع ولا مقدار المأخوذ من الماء.

ويلاحظ على هذا التعريف : أن العادة إذا كانت ثابتة في زمنه عليه الصلاة والسلام فقد ثبت الحكم بالسنة لا بالاستحسان، وإن كانت في عصر الصحابة من غير إنكار منهم فإجماع، وإن كانت غير عادة ، فإن كان نصاً أو قياساً مما ثبتت حجيته فقد ثبت بذلك مثل القرض والعرية، وكذا سائر الترخصات التي وردت أدلتها بالنص أو القياس[3].

هـ- تعريف محمد بن خويز منداد للاستحسان:

عرف ابن منداد[4] الاستحسان : فقال الاستحسان الذى ذهب إليه أصحاب مالك هو " القول بأقوى الدليلين "

مثال ذلك : تخصيص بيع العرايا من بيع الرطب بالتمر، وتخصيص الرعاف دون القئ بالبناء للحديث فيه، وذلك لأنه لو لم ترد سنة بالبناء

---

(1) هو أبو عبد الله عبد الرحمن بن القاسم ولد سنة ١٣٢هـ أثبت الناس في مذهب الإمام مالك، وأعلمهم بأقواله، صحبه عشرين سنة توفى سنة ١٩١هـ (راجع شجرة النور الزكية ص ٥٨، الفتح المبين جـ١ص ١٢٠).

(2) راجع البحر المحيط جـ٨ ص ٩٨، نفائس الأصول جـ٩ ص ٤٠٢٧

(3) راجع هامش للموافقات جـ٤ ص ٢٠٦، شرح العضد على المختصر جـ٢ ص ٢٨٨

(4) هو أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عبد الله بن خويز بن منداد الإمام العالم المتكلم، الفقيه، الأصولي، له مصنفات عديدة في الخلاف والأصول، وأحكام القرآن (راجع شجرة النور الزكية ص ١٠٣)

فى الرعاف لكان في حكم القئ في أنه لا يصح البناء، لأن القياس يقضى تتابع الصلاة ، فإذا أوردت السنة في الرخصة بترك التتابع في بعض المواضع صرنا إليه، وأبقينا الباقي على الأصل قال : وهذا الذي ذهب إليه هو الدليل، فإن سماه استحسانا فلا مشاحة في التسمية[1].

وبعد، فهذه تعريفات المالكية للاستحسان ، وهى قريبة من بعضها في المعنى ، ومنها يتبين لنا مايلى:

١- إن الاستحسان عند المالكية ذو وجوه عديدة ، وأكثر ما يكون الاستحسان عندهم عندما يظهر أن موجب القياس يؤدي إلى حرج، فيأتي الاستحسان لدفع هذا الحرج الناشئ من إطراد القياس، كما ورد في تعريف ابن رشد.

٢- إن الاستحسان قد يأتي عند المالكية في بعض الأحيان ليثبت حكما على سبيل الاستثناء من القاعدة العامة ، فهو حكم جزئي في مقابلة دليل كلى . وذلك مثل إجازة القرض دفعا للحرج والمشقة ، فإنه ربا فى الأصل ، لأن الدرهم بالدرهم إلى أجل أبيح لما فيه من التوسعة والرفق بالخلق[2]. كما ورد في تعريف الشاطبي ، وكذلك الإفتاء بقبول شهادة الشاهد غير العدل في البلد الذي لا يوجد فيه عدول . ترخصا من قاعدة عامة يؤدي إطرادها إلى وقوع ضرر فيأتي الاستحسان ليدفعه.

---

(١) راجع هامش الموافقات جـ٤ ص ٢٠٦ - البحر المحيط جـ٨ ص ٩٧، نفائس الأصول في شرح المحصول جـ٩ ص ٤٠٢٧

(٢) راجع الموافقات جـ٤ ص ٢٠٦

٣- إن الاستحسان عند المالكية له وجه آخر أكثروا منه وهو تقديم الاستدلال المرسل على القياس عند التعارض، وهنا يرجع المجتهد إلى ما علم من قصد الشارع في الجملة إلى المصلحة التى بنى عليها اجتهاده، فالقياس هنا يقتضي حكما يؤدى إلى تفويت مصلحة أو جلب مفسدة، فيقدم المالكية هنا العمل بالمصلحة الراجحة التي هى مقصد الشارع على حكم القياس، وعلى هذا المعنى بنى الإمام مالك وأصحابه كثيرا من الأحكام الاجتهادية.

٤- إن الاستحسان عندهم ليس تشريعا بالرأي والهوى ، وإنما هو ترك الدليل لدليل أقوى منه يعارضه في بعض مقتضياته، ذلك الدليل قد يكون إجماعا ، وقد يكون عرفا، أو مصلحة مرسلة. وهذا ما ورد في تعريف ابن العربي.

٥- إن المالكية أحيانا يمثلون بأمثلة للاستحسان مرة وللمصالح المرسلة مرة أخرى ، وملحظهم في ذلك الاعتبار، فباعتبار إخراجها عن عموم الدليل سموها استحسانا، وباعتبار أنه لم يرد فيها نص معين ولم يرد من الشارع اعتبارها بذاتها، أو إلغاؤها سموها مصلحة مرسلة.

٦- إن الاستحسان عند المالكية غير خارج عن إطار الأدلة الشرعية .

قال الشاطبي : " وإذا كان هذا معناه عند مالك وأبى حنيفة فليس بخارج عن الأدلة ألبتة ،لأن الأدلة يقيد بعضها بعضا، ويخصص بعضها

بعضا، كما في الأدلة السنية مع القرآنية، ولا يرد الشافعي مثل هذا أصلا[1].

وقال بعد ذكره تعريف الاستحسان وذكر أمثلة له : "وهذا يوضح لك أن الاستحسان غير خارج عن مقتضى الأدلة، إلا أنه نظر في لوازم الأدلة ومآلاتها[2].

وأرى أن التعريف الأقرب إلى الصواب من التعريفات السابقة للاستحسان عند المالكية : هو استعمال مصلحة جزئية في مقابلة قياس كلي. فهو تقديم الاستدلال المرسل على القياس، كما يؤخذ من مجموع كلامهم في الاستحسان والمصالح.

كما أن الاستحسان بهذا المعنى لا يصلح أن يكون محلا للخلاف، ولا يرفضه فقيه ، فهو محل اتفاق وغير خارج عن الأدلة الشرعية.

وهذا ما رجحه الشاطبي فقال:" إن الاستحسان المالكي معناه يرجع إلى تقديم الاستدلال المرسل على القياس[3]وقال الإبياري : والذي يظهر من مذهب مالك القول بالاستحسان لا على ما سبق بل حاصله استعمال مصلحة جزئية في مقابله قياس كلي ، فهو يقدم الاستدلال المرسل على القياس[4] أ هـ.

---

(1) راجع الاعتصام حـ٢ ص ١٣٩

(2) راجع الموافقات حـ٤ ص ٢٠٩

(3) راجع الموافقات حـ٤ ص ٢٠٦

(4) راجع البحر المحيط ص ٩٨، نفائس الأصول حـ٩ ص ٤٠٢٧

وقال الشيخ أبو زهرة[١]: بعد ذكره تعاريف المالكية للاستحسان " "وخلاصته عندهم أنه استعمال مصلحة جزئية في موضوع يعارضه فيها قياس عام [٢] أ هـ.

٣- تعريف الحنابلة للاستحسان

إن الناظر في أصول الاستنباط في الفقه الحنبلي يجد أن الإمام أحمد – رحمه الله – قد أخذ بالاستحسان كمبدأ اجتهادي ، ولكنه لم يتوسع فيه توسع الحنفية والمالكية ، ولعل المسائل الاستحسانية التي ذكرها علماء الحنابلة في كتبهم قليلة ومعدودة . ولعل السبب في ذلك تأثر الإمام أحمد بشيخه الإمام الشافعي رضى الله عنهما.

وقد ورد عن الإمام أحمد ما يدل على بطلان الاستحسان ، وإنكار العمل به ، ولكن الاستحسان الذي قصده هو الاستحسان الذي لا يعتمد على دليل شرعي، بل المعتمد على العقل المجرد والتشهي ، وأما الاستحسان الذي يعتمد على دليل من الشرع، فلم ينكره بل عمل به في بعض فروعه فلذلك قال: أنا أذهب إلى كل حديث جاء ولا أقيس عليه" ومعنى هذه العبارة أنه يترك القياس بالخبر وهذا هو الاستحسان[٣].

---

(١) هو محمد بن أحمد أبو زهرة من أكابر علماء الشريعة الإسلامية في عصره ولد بالمحلة الكبرى سنة ١٣١٦هـ من مصنفاته تاريخ الجدل في الإسلام، أصول الفقه، مذكرات في الوقف، نظرية العقد في الشريعة الإسلامية وغيرها (راجع الأعلام جـ٦ ص ٢٥)

(٢) راجع أصول الفقه للشيخ أبي زهرة ص ٢٤٦ ط دار الفكر العربي – القاهرة.

(٣) راجع الكوكب المنير جـ٤ ص ٣٤٠، روضة الناظر وشروحها جـ١ ص ٤٠٧، المسودة ص ٤٥٢

وجاء في المسودة : وقد أطلق أحمد القول بالاستحسان في مواضع[1] أ هـ.

وقال الآمدي : وقد اختلف فيه فقال به أصحاب أبى حنيفة وأحمد ابن حنبل[2] أ هـ.

وقال ابن مفلح[3]: أطلق أحمد القول به في مواضع[4]أ هـ.

هذا وقد وردت عن الحنابلة تعريفات كثيرة ومختلفة للاستحسان في كتب أصول الحنابلة بعضها مقبول وبعضها مردود، وأغلب هذه التعريفات تتوافق مع ما ذهب إليه الحنفية والمالكية في تعريفهم للاستحسان، وها نحن نذكر بعضا منها :

تعريف ابن قدامة للاستحسان :

عرف ابن قدامة[5] الاستحسان بثلاثة معان:

أحدها : العدول بحكم المسألة عن نظائرها لدليل خاص من كتاب أو سنة[6]، والاستحسان بهذا المعنى دليل عام من كتاب أو سنة عارض

---

(1) راجع المسودة ص ٤٥١

(2) راجع الإحكام للآمدي جـ٤ ص ٢٠٩

(3) هو أقضى القضاة برهان الدين أبو اسحاق إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح الحنبلي الشيخ الإمام ، صنف شرح المقنع في الفقه، وصنف كتابا في الأصول توفي سنة ٨٨٤هـ (راجع شذرات الذهب جـ٧ ص ٣٣٨ وما بعدها)

(4) راجع الكوكب المنير جـ٤ ص ٣٤٠ وما بعدها.

(5) هو محمد بن أحمد بن عبد الهادي شمس الدين أبو عبد الله بن قدامة المقدسي من كبار الحنابلة، صنف ما يزيد على سبعين كتاباً منها العقود الدرية في مناقب ابن تيمية، المحرر، ومسند في الحديث وغيرها توفي سنة ٦٨٢هـ (راجع الأعلام جـ٥ ص ٣٢٦، شذرات الذهب جـ٦ ص ١٤١)

(6) راجع روضة الناظر وشرحها جـ١ ص ٤٠٧

دليلا خاصاً، وخصصه ، وليس هناك خلاف بين الفقهاء في تخصيص العام إذا صح الخاص .

ويلاحظ على هذا التعريف أنه غير جامع لمعاني الاستحسان ، لأنه قصره على استحسان النص، كما يترتب عليه كون العدول من المنسوخ إلى الناسخ ، وعن العموم إلى الخصوص استحسانا وهو ليس كذلك[١].

الثاني: ما يستحسنه المجتهد بعقله[٢]:

وهذا التعريف باطل، لأنه أرجع الاستحسان- وهو دليل شرعي – إلى عقل المجتهد واجتهاده وهذا الاجتهاد مبني على الهوى التشهي. حيث يجعل غير العالم بنصوص الكتاب والسنة مجتهداً[٣].

وفي هذا المعنى يقول الإمام الغزالى :إنا نعلم قطعاً، إجماع الأمة قبلهم أن العالم ليس له أن يحكم بهواه وشهوته من غير نظر في دلالة الأدلة ، والاستحسان من غير نظر في أدلة الشرع حكم بالهوى المجرد- وهو كاستحسان العوام، ومن لا يحسن النظر. فإنه إنما جاز الاجتهاد للعالم دون العامي ، لأنه يفارقه في معرفة أدلة الشرع، وتمييز صحيحها من فاسدها، وإلا فالعامي أيضا يستحسن، ولكن يقال لعل مستند استحسانك وهم وخيال لا أصل له، ونحن نعلم أن النفس لا تميل إلى الشئ إلا بسبب مميل إليه، لكن السبب ينقسم إلى ما هو وهم وخيال إذا

---

(١) راجع الإحكام للآمدي جـ٤ ص ٢١٢

(٢) راجع روضة الناظر وشرحها جـ١ ص ٤٠٧، للمستصفي جـ١ص ٢٧٤ وما بعدها.

(٣) يلاحظ أن هذا التعريف حكاه الشافعي عن أبي حنيفة لكن الحنفية ينكرون هذا التفسير لما فيه من الشناعة (راجع البحر المحيط جـ٨ ص ١٠٣، نفائس الأصول جـ٩ ص ٤٠٣١

عرض على الأدلة لم يتحصل منه طائل، وإلى ما هو مشهور من أدلة الشرع، فلم يميز المستحسن ميله عن الأوهام، وسوابق الرأى، إذا لم ينظر في الأدلة، ولم يأخذ بها.

فأبعد استحسان المجتهد عن الأوهام – ورجع به إلى الأدلة الشرعية – فخرج باستحسان المجتهد عن الحكم بالهوى[1].

على أن هذا التعريف لا يصلح فى الحقيقة أن يكون محلا للنزاع بين أحد من الأئمة ،لأن خلاصته : أنه قول في الدين من غير دليل شرعي بل بالهوى والتشهي،وقد سبق القول بأن الأمة متفقة على أنه لا يجوز لأحد أن يقول في شرع الله تعالى وأحكامه بميله وهواه من غير دليل شرعي .

الثالث : دليل ينقدح في نفس المجتهد لا يقدر على التعبير عنه[2].

وهذا التعريف متفق مع تعريف الاستحسان عند متقدمي الحنفية وقد تقدم الكلام عنه سابقاً.

(1) راجع المستصفي جـ١ ص ٢٧٥ وما بعدها.

(2) راجع تعريف ابن قدامة للاستحسان في روضة الناظر جـ١ص ٢٠٨، المسودة ص ٤٥٢، شرح الكوكب جـ٤ ص ٣٤٠، الإحكام للآمدي جـ٤ ص ٢١٠، شرح العضد على المختصر جـ٢ ص ٢٨٨، البحر المحيط جـ٨ ص ١٠٣، نفائس الأصول جـ٩ ص٤٠٢٧، المنخول ص ٤٧٧ ط دار الفكر بيروت – لبنان، الآيات البينات جـ٤ ص ٢٦٤ ط دار الكتب العلمية – بيروت – لبنان، إرشاد الفحول ص ٢٤١

ب- تعريف أبو الخطاب للاستحسان:

عرف أبو الخطاب الاستحسان فقال : والذي يقتضيه كلام أصحابنا أن يكون حد الاستحسان العدول عن موجب القياس إلى دليل أقوى منه(١).

وهذا التعريف يشمل بعمومه أنواع الاستحسان فموجب القياس يشمل القياس الظاهر، كما يشمل القواعد العامة.

جـ- وعرفه بعض الحنابلة فقالوا: الاستحسان ترك الحكم إلى حكم هو أولى منه(٢) .ويلاحظ أن هذا التعريف أنه خارج عن معاني الاستحسان ، لأنه لا يقال للأحكام بعضها أولى من بعض أو أقوى من بعض، وإنما القوة والأولوية تكون للأدلة.

د- وعرفه بعضهم: بأنه ترك القياس إلى قياس أولى منه(٣).

ويلاحظ على هذا التعريف أنه غير جامع ، فهو يشمل أحد وجوه الاستحسان فقط وهو الاستحسان القياسي.

هذا وبعد عرض بعض تعريفات الحنابلة للاستحسان نجد أن هناك شبه تطابق فيما بينهم وبين الحنفية في هذه التعريفات ولعل ذلك راجع لكون الذين تعرضوا للاستحسان عند الحنابلة كانوا من المتأخرين ، وقد اطلعوا على معنى الاستحسان بعد أن ضبط واستقر عند متأخري الحنفية.

---

(١) راجع المسودة ص ٤٥٢

(٢) راجع المرجع السابق.

(٣) راجع المسودة ص ٤٥٣

ولعل أقرب التعريفات إلى الصواب من تعريفات الحنابلة هو تعريف أبو الخطاب القائل بأن الاستحسان :هو العدول عن موجب القياس إلى دليل أقوى منه لشموله أنواع الاستحسان .

- تعريف أبو الحسين البصري للاستحسان

عرف أبو الحسين البصري[1] الاستحسان بأنه : ترك وجه من وجوه الاجتهاد غير شامل شمول الألفاظ لوجه هو أقوى منه، وهو في حكم الطارئ على الأول .

فقوله : غير شامل شمول الألفاظ يخرج العام ، فإن العام إذا ترك لوجه من وجوه الاجتهاد كالقياس مثلا لا يكون استحساناً إنما يكون ذلك تخصيصاً للعام بالقياس.

وقوله : لوجه أقوى يكون كالطارئ على الأول . قصد به إخراج ترك أحد القياسين للقياس الآخر فلا يسمى ذلك استحساناً ، لأن القياس الذي عمل به ليس طارئاً على الأول ، بل هو موجود ابتداءً.

مثال ذلك :بيع العنب بالزبيب فإنه قد ثبت تحريم بيعه سواء أكان على الشجر أم لا،قياساً على الرطب.ثم إن الشارع قد رخص في جواز بيع الرطب على النخل بالتمر اليابس-لما فيه من الرفق ورفع الحرج

---

(1) هو محمد بن علي الطيب البصري أحد أئمة المعتزلة، وكان يشار إليه بالبنان في علم الأصول والكلام من تصانيفه المعتمد في الأصول، وشرح الأصول الخمسة ، وله كتاب في الإمامة وأصول الدين توفي ببغداد سنة ٤٣٦هـ (راجع الفتح المبين جـ١ ص ٣٧٧ ، شذرات الذهب جـ٣ ص ٢٥٩).

قسنا عليه العنب في هذه الحالة، وتركنا القياس الأول لأنه ليس في حكم الطارئ ، ولكن القياس الثاني أقوى[1].

وقد اعترض عليه: بأن حاصله يرجع إلى أن الاستحسان هو تخصيص العلة وهو المعبر عنه بالنقض، وليس ذلك مما انفرد به الحنفية ولك أن تقول : هو بهذا التفسير أعم من تخصيص العلة فإنه رجوع عن حكم دليل خاص إلى مقابله بدليل طارئ عليه أقوى منه ، وذلك أعم.

وفي الاعتراض على هذا التعريف يقول البيضاوي:وهذا يقتضي أن تكون الشريعة كأنها استحسان،لأن البراءة الأصلية مقتضى العقل، وإنما يترك ذلك لدليل أقوى منه،وهذا الأقوى في حكم الطارئ على الأول :

ثم قال ينبغي أن يزاد في حكم الحد قيد آخر فيقال: ترك وجه من وجوه الاجتهاد مغاير للبراءة الأصلية واللفظية بوجه أقوى منه وهو في حكم الطارئ على الأول[2].

(1) راجع تعريف أبو الحسين البصري في نهاية السول جـ٣ ص ١٤١، والابهاج جـ٣ ص ٢٠٢ وما بعدها، نفائس الأصول جـ٩ ص ٤٠٣٢

(2) راجع الإبهاج جـ٣ ص ٢٠٢ وما بعدها.

وأجاب الصفي الهندي [١] على ما ذكره البيضاوي بقوله`: فإن البراءة الأصلية ليست وجها من وجوه الاجتهاد ، إذ هي معلومة أو مظنونة من غير اجتهاد ، فلا حاجة إلى ما ذكره من التقييد[٢].

يقول الآمدي بعد ذكره التعريف السابق : وهذا الحد وإن كان أقرب مما تقدم لكونه جامعا مانعا ، غير أن حاصله يرجع إلى تفسير الاستحسان بالرجوع عن حكم دليل خاص إلى مقابله بدليل طارئ عليه أقوى منه، من نص، أو إجماع، أو غيره ، ولا نزاع في صحة الاحتجاج به، وإن نوزع في تلقيبه بالاستحسان ، فحاصل النزاع راجع فيه إلى الاطلاقات اللفظية، ولا حاصل له[٣] أ هـ.

والاستحسان بهذا المعنى لا يصلح أن يكون محلا للنزاع كذلك،لأن حاصله أن المجتهد يترك العمل بالدليل الخاص لوجود دليل طارئ عليه أقوى منه، وليس ذلك مما ينازع فيه أحد، لأن العمل بالراجح مجمع عليه.

هذا ومن الصراحة أن أقول : إنني بعد هذه الجولة في ذكر أهم تعاريف الاستحسان ، أجدني مضطرا إلى القول بما قاله أكثر الأصوليين. من أنه في الحقيقة لا يتحقق معنى للاستحسان يصلح أن يكون محلا للنزاع هنا – ولا يعدو أن يكون خلافا لفظيا يرجع إلى

---

(١) هو محمد بن عبد الرحيم الملقب بصفي الدين الهندي الفقيه الشافعي الأصولي ولد بالهند سنة ٦٤٤هـ ، ورحل إلى دمشق، كان فقيها أصوليا متكلما أديبا ، من تصانيفه الزبدة في الكلام، والفائق في الأصول، توفى بدمشق سنة ٧١٥ هـ (راجع شذرات الذهب جـ٦ ص٣٦، الفتح المبين جـ٢ ص١١٥، البداية والنهاية جـ١٤ ص٧٤.

(٢) راجع الإبهاج جـ٣ ص ٢٠٢

(٣) راجع الإحكام للآمدي جـ٤ ص ٢١٣

التسمية فقط ، لأنهم ذكروا في تفسيره أموراً لا تصلح للخلاف، لأن بعضها مقبول اتفاقا، وبعضها مردود اتفاقاً ، وبعضها متردد بين القبول والرد يقول الشوكاني[1]: " إن كان الاستحسان هو القول بما يستحسنه الإنسان ويشتهيه من غير دليل فهو باطل، ولا أحد يقول به، وإن كان تفسير الاستحسان بالعدول عن دليل إلى دليل أقوى منه فهذا مما لا ينكره أحد أ هـ.

وقال جماعة من المحققين : " الحق أنه لا يتحقق استحسانٌ مختلف فيه، لأنهم ذكروا في تفسيره أموراً لا تصلح للخلاف، لأن بعضها مقبول اتفاقا، وبعضها متردد بين ما هو مقبول اتفاقا، وما هو مردود اتفاقا، وجعلوا من صور الاتفاق على القبول قول من قال : إن الاستحسان العدول عن القياس إلى قياس أقوى ، وقول من قال: إنه تخصيص قياس بأقوى منه، وجعلوا من التردد بين القبول والرد . قول من قال : إنه دليل ينقدح في نفس المجتهد ويعسر عليه التعبير عنه، لأنه إن كان معنى قوله ينقدح أنه يتحقق ثبوته، والعمل به واجب عليه فهو مقبول اتفاقا ، وإن كان بمعنى أنه شاك، فهو مردود اتفاقاً ، إذ لا تثبت الأحكام بمجرد الاحتمال والشك وجعلوا من التردد أيضا قول من قال: إنه العدول عن حكم الدليل إلى العادة لمصلحة الناس فقالوا: إن كانت العادة هى الثابتة من زمن النبي ﷺ فقد ثبت بالسنة ، وإن كانت هي

---

(1) هو محمد بن علي بن محمد عبد الله الشوكاني فقيه مجتهد من كبار علماء اليمن من أهل صنعاء- من مؤلفاته- نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار، وإرشاد الفحول في الأصول وغيرها توفي سنة ١٢٥٠هـ (راجع الأعلام جـ٦ ص ٢٩٨).

الثابتة في عصر الصحابة من غير إنكار فقد ثبت بالإجماع، وأما غيرها فإن كان نصاً أو قياساً مما ثبتت حجيته، فقد ثبت ذلك به، وإن كان شيئاً آخر لم تثبت حجيته فهو مردود قطعاً[1].

وفي هذا المعنى يقول ابن السمعاني[2] : إن كان الاستحسان هو القول بما يستحسنه الإنسان ويشتهيه من غير دليل، فهو باطل، ولا يقول به أحد، وإن كان الاستحسان هو العدول عن موجب دليل إلى موجب دليل أقوى منه، فهذا مما لا ينكره أحد. أ هـ.

وما أسندوه إلى أبى حنيفة من أن الاستحسان حجة عنده، فإنما هو القياس الخفي في مقابل القياس الجلي وليس القول في الدين بالهوى والتشهي[3].

وقال الزركشي[4]: واعلم أنه إذا حرر المراد بالاستحسان زال التشنيع وأبو حنيفة برئ إلى الله من إثبات حكم بلا حجة[5]. أ هـ.

---

(1) راجع إرشاد الفحول ص ٢٤٠ وما بعدها.

(2) هو الحافظ أبو سعد السمعاني تاج الإسلام عبد الكريم بن محمد بن منصور المروزي الشافعي – محدث المشرق وصاحب التصانيف والفوائد الغزيرة والرحلة الواسعة توفي سنة ٥٦٢ هـ (راجع شذرات الذهب ص ٢٠٣ العبر جـ٣ ص ٣٨، البداية جـ١٣ ص ٢٥)

(3) راجع نفائس الأصول جـ٩ ص ٤٠٢٨، الإبهاج جـ٣ ص ٢٠٣

(4) هو بدر الدين أبو عبد الله محمد بن بهادر بن عبد الله المصري الزركشي الشافعي ولد في سنة ٧٤٥هـ من تصانيفه تكملة شرح المنهاج للإسنوي، البحر المحيط في الأصول، وشرح جمع الجوامع لابن السبكي وغيرها توفي سنة ٧٩٤ هـ (راجع شذرات الذهب جـ٦ ص ٣٣٤)

(5) راجع البحر المحيط جـ٨ ص ٩٧

وقال البزدوي – دافعا عن الإمام أبي حنيفة هذه التهمة : " وأبو حنيفة– رحمه الله تعالى – أجل قدرا ، وأشد ورعا من أن يقول في الدين بالتشهي ، بل عمل بما استحسنه من دليل قام عليه شرعا[1]. أ هـ

وقال العضد[2]:"والحق أنه لا يتحقق استحسان مختلف فيه[3].أهـ.

وقال الإسنوي[4]:وقد تلخص من هذه المسألة أن الحق ما قاله ابن الحاجب وأشار إليه الآمدي :أنه لا يتحقق استحسان مختلف فيه[5].أهـ.

وقال المحلي[6] بعد ذكره التعاريف والجواب عنها . فلم يتحقق معنى للاستحسان مما ذكر يصلح محلا للنزاع[7].أهـ.

ثم نبه ابن السمعاني على أن الخلاف بيننا وبينهم لفظي، فإن تفسير الاستحسان بما يشنع عليهم لا يقولون به. والذي يقولون به إنه العدول في الحكم من دليل إلى دليل أقوى منه. فهذا مما لم ينكره أحد

(1) راجع كشف الأسرار على أصول البزدوى جـ٤ ص ٣ وما بعدها.

(2) هو عبد الرحمن بن أحمد عبد الغفار بن أحمد الإيجي الملقب بعضد الدين العلامة الشافعي الأصولي المتكلم الأديب، من تصانيفه رسالة في علم الوضع وشرح مختصر ابن الحاجب في الأصول ، والمواقف في أصول الدين توفي سنة ٧٥٦ هـ (راجع طبقات الشافعية لابن السبكي جـ٨ ١٠، الأعلام جـ٢ص ٤٨٤،الفتح المبين جـ٢ ص ١٦٦).

(3) راجع شرح العضد على مختصر ابن الحاجب جـ٢ ص ٢٨٨

(4) هو الإمام عبد الرحيم بن الحسن بن علي بن إبراهيم الأموي الشيخ جمال الدين أبو محمد الإسنوي نسبه إلى إسنا وهي مدينة بأقصى الصعيد بمصر من مصنفاته التمهيد في الأصول، ونهاية السول، وغيرهما توفي سنة ٧٧٢ هـ (راجع شذرات الذهب جـ٦ ص ٢٢٣، حسن المحاضرة جـ١ ص ٢٤٢)

(5) راجع نهاية السول جـ٣ ص ١٤١، مختصر ابن الحاجب جـ٢ص ٢٨٨، الإحكام للآمدي جـ٤ ص ٢١٣

(6) هو محمد بن أحمد بن إبراهيم بن أحمد بن هاشم الجلال المحلي نسبة للمحلة الكبرى من الغربية ولد سنة ٧٩١هـ من مصنفاته البدر الطالع شرح جمع الجوامع، وشرح الورقات، مختصر التنبيه وغير ذلك كثير توفي سنة ٨٦٤ (راجع شذرات الذهب جـ٧ ص ٣٠٣، الفتح المبين جـ٣ ص ٤ الناشر محمد أمين دمج – بيروت – لبنان).

(7) راجع شرح المحلي على جمع الجوامع جـ٢ ص ٣٥٣ ط دار الكتب العلمية– بيروت – لبنان.

لكن هذا الاسم لا نعرفه اسما لما يقال به بمثل هذا الدليل. وقريب منه قول القفال[1]: إن كان المراد بالاستحسان ما دل عليه الأصول لمعانيها فهو حسن، لقيام الحجة له وتحسين الدلائل، فهذا لا ننكره ونقول به. وإن كان ما يقبح في الوهم من استقباح الشئ واستحسانه بحجة دلت عليه من أصل ونظير، فهو محظور والقول به غير سائغ[2].

وبعد أن ذكرنا أنه لا يتحقق استحسان مختلف فيه، إلا أن سبب خلاف العلماء في تعريف الاستحسان يرجع إلى أن العلماء الذين قالوا به لم يذكروا تعريفا له مضبوطا في الفترة الأولى التى استعملوا فيها لفظ الاستحسان كاصطلاح ، حيث كان الكثير من الاصطلاحات لم تدون وتحدد بشكلها ومعناها الذي استقرت عليه أخيرا فى عهد المتأخرين من العلماء ومن تلاميذهم ومن بعدهم الذين بينوا معناه وضبطوه حتى اتضحت حقيقته لمن انتقده وأنكره، وذلك بعد النظر في مناحي أئمتهم والفروع المخرجة على الاستحسان.

أما بعد ما استقرت الآراء على أنه اسم لدليل متفق عليه نصا كان، أو إجماعا أو قياسا خفيا إذا وقع في مقابلة القواعد القياسية فهو حجة من غير تصور خلاف.

---

(1) هو محمد بن على بن إسماعيل الشاشى القفال أبو بكر الشافعي عالم في الفقه والحديث واللغة والأدب ولد سنة ٢٩١هـ في الشاس وراء نهر سيحون له مصنفات عديدة في الفقه وأصوله توفي سنة ٣٦٥ هـ (راجع شذرات الذهب جـ٣ ص ٥١، الفوائد البهية ص ١٠٣)

(2) راجع البحر المحيط جـ٨ ص ٩٩، نفائس الأصول جـ٩ ص ٤٠٢٨ .

كما أن من العلماء من نظر إلى الاستحسان بمعناه اللغوي ، وهـو من أثبت حكما مستحسنا من عنده بغير دليل من الشرع مقبول، ذلك لأنـه يعد تركا للأدلة لمجرد الرأي والهوى ، وقد سبق أن قلنـا: إن الإجمـاع انعقد على أنه لا يجوز لأحد أن يقول في الدين بالهوى والتشهي من غير دليل من أدلة الشرع.

التعريف الراجح

بعد أن ذكرنا تعاريف الاستحسان عند القائلين به وقلنا بأنه لا يصلح أحدها أن يكون محلا للنزاع. إلا أننا نرجح تعريف الكرخي من الحنفية القائل : بأن الاستحسان هو العدول بالمسألة عن حكم نظائرها إلى حكم آخر، لوجه يقتضي هذا العدول.

لأن هذا التعريف أبين التعريفات لحقيقة الاستحسان، لأنه يشمل كل أنواعه ، وبين أساسه ولبه، إذ أساسه أن يجئ الحكم مخالفا لقاعدة مطردة ، لأمر يجعل الخروج عن القاعدة أقرب إلى الشرع من الاستمساك بالقاعدة ، فيكون الاعتماد عليه أقوى استدلالا في المسألة من القياس، ويصور أن الاستحسان- كيفما كانت صوره وأقسامه، يكون في مسألة جزئية – ولو نسبيا – في مقابل قاعدة كلية- فيلجأ إليه الفقيه في هذه الجزئية ، لكيلا يؤدى الإغراق في القاعدة إلى الابتعاد عن الشرع في روحه ومعناه.

ويؤيد ما ذهبنا إليه الإمام الغزالي . حيث قال : والصحيح في ضبط الاستحسان ما ذكره الكرخي[1]. أهـ.

---

(1) راجع المحول ص ٤٧٧، أصول الفقه للشيخ أبي زهرة ص ٢٤٥.

وذكر الزركشى نقلا عن إلكيا الهراسى[١] : أن ما ذكره الكرخي في تعريفه للاستحسان أحسن ما قيل في تفسيره[٢]. أهـ.

وقال الدكتور / محمد مصطفى شلبي . ولو اعترفوا بما فسره به الكرخي الذي أدرك حقيقة الاستحسان من أنه إخراج الحادثة عن حكم أمثالها إلى حكم آخر لمقتض ، لكان إلى الصواب أقرب، ولو أنهم فعلوا ذلك لما بعدوا عن الحقيقة ، وما كان عليهم بعد ذلك إلا بيان ذلك المقتضى، وتفصيل أنواعه، ثم لا يضيرهم أن قيل عنه: إنه شامل للتخصيص، وليكن التخصيص استحسانا، وهل مثل هذا يترك به الواقع[٣] ؟ . أهـ.

---

(١) هو على بن محمد بن الطبري أبو الحسن الفقيه الشافعي المفسر– الأصولي ولد في ذى القعدة سنة ٤٥٠هـ – كان بارعا، حسن الوجه، جهوري الصوت، حلو الكلام، فحلا من فحول العلماء، من مصنفاته شفاة المسترشدين ، وأحكام القرآن الكريم توفي سنة ٥٠٤ هـ (راجع الفتح المبين جـ٢ ص ٦، شذرات الذهب جـ٤ص ٨، العبر جـ٢ ص ٣٨٦).

(٢) راجع البحر المحيط جـ ٨ ص ١٠٠، نفائس الأصول في شرح المحصول جـ٩ ص ٤٠٢٩.

(٣) راجع تعليل الأحكام للدكتور/ محمد مصطفي شلبي ص ٣٦٠ط الأزهر.

المبحث الثاني

في

حجية الاستحسان

تمهيد :

على الرغم مما ذكرناه من أنه لا يتحقق استحسان مختلف فيه يصلح أن يكون محلا للنزاع إلا أننا وجدنا كتب أصول الفقه – قد دأبت على الكتابة في هذا الموضوع، وصورته على أنه قد حدث فيه خلاف كبير بين الأئمة فمنهم قائل بحجيته وأنه تسعه أعشار العلم، إلى آخر منكر له وأن من استحسن فقد شرع . وجريا على ماذهب إليه هؤلاء. أذكر مذاهب العلماء في حجية الاستحسان لنكون على بصيرة وعلم بما كانوا عليه .

فقد اختلفت مذاهب العلماء في حجية الاستحسان على ثلاثة مذاهب.

المذهب الأول:

وعليه الحنفية ، والمالكية ، والحنابلة[١]، وهم يرون أن الاستحسان يعتبر حجة ، وأنه دليل شرعي تثبت به الأحكام[٢].

المذهب الثاني:

وعليه : الظاهرية والمعتزلة ، والشيعة ، ونسب إلى الإمام الشافعي – رحمه الله تعالى – حتى نقلوا عنه قوله " من استحسن فقد شرع " يريد بذلك أن من أثبت حكماً بالاستحسان فقد وضع شرعاً من قبل نفسه لأنه لم يأخذه من أدلة الشرع –وليس له ذلك لأنه كفر والعياذ بالله أو كبيرة .

وأصحاب هذا المذهب يرون أن الاستحسان لا يعتبر حجة كما أنه ليس بدليل شرعي وإنما هو قول في الدين بالهوى والتشهي في مقابلة ما يوجبه الدليل الشرعي[٣].

---

(١) استبعد القرطبي نقل هذا المذهب عن المالكية. فقال: ليس معروفاً عنهم، ونفاه الجلال المحلى عن الحنابلة: وأقول لهما ليس هناك وجه للاستبعاد والنفي مع الذي قدمناه عند تعريف الاستحسان عند المالكية والحنابلة، وأخذهما بالاستحسان في الأحكام الشرعية وضربنا على ذلك الأمثلة (راجع حاشية البناني على شرح المحلى جـ٢ ص٣٥٢).

(٢) راجع هذا المذهب في كشف الأسرار على أصول البزدوى جـ٤ص ١٣، التلويح على التوضيح جـ٢ ص ١٦٢، أصول السرخسى جـ٢ ص ٢٠٠، شرح العضد على مختصر ابن الحاجب جـ٢ص ٢٨٨، هامش الموافقات جـ٤ ص ٢٠٥وما بعدها، الاعتصام جـ٢ ص ١٣٧ وما بعدها، روضة الناظر جـ١ ص ٤٠٩ ، الإحكام للآمدي جـ٤ ص ٢٠٩، المستصفى جـ١ ص ٢٧٤ ، نهاية السول جـ٣ ص ١٣٩، مناهج العقول جـ٣ ص ١٣٨ ، حاشية البناني جـ٢ ص ٣٥٢.

(٣) راجع المراجع السابقة، الإحكام لابن حزم جـ٥ ص ٧٥٧ وما بعدها ط العاصمة لصاحبها حسين حجازي.

المذهب الثالث:

وعليه جماعة من العلماء وهم يرون أن الاستحسان دليل شرعي غير مستقل فهو راجع إلى الأدلة الشرعية الأخرى، لأن مآله عند التحقيق العمل بقياس ترجح على قياس آخر، أو ترجيح نص، أو إجماع، أو ضرورة، أو مصلحة على قياس[1].

الأدلـــة

١- **أدلة المذهب الأول:** استدل أصحاب المذهب الأول القائلون بأن الاستحسان حجة ودليل شرعي تثبت به الأحكام بالكتاب، والسنة، والإجماع والمعقول هاك بيانها:

أولا: أدلتهم من الكتاب : استدلوا من الكتاب بما يلي :

أ - قوله تعالى : ﴿ **فبشر عباد الذين يستمعون القول فيتبعون أحسنه أولئك الذين هداهم الله وأولئك هم أولوا الألباب**[2]

وجه الدلالة من الآية :

في هذه الآية الكريمة بشر الله تعالى عباده المؤمنين الذين يستمعون ويتبعون أحسن الأقوال، كما أن الآية ذُكرت في معرض الثناء والمدح على المتبعين لأحسن الأقوال.

---

(١) راجع التلويح على التوضيح جـ٢ ص ١٦٢، شرح المنار وحواشيه ص ٨١٢ ط دار سعادت عثماد، أصول الفقه الإسلامي للدكتور / بدران أبو العينين بدران ص ٢٠٥ الناشر - مؤسسة شباب الجامعة للطباعة والنشر والتوزيع، الأدلة المختلف فيها لأستاذي الدكتور/ جلال الدين عبد الرحمن ص ٢٢٤

(٢) سورة الزمر جزء من الآية ١٧،الآية : ١٨

وفي هذا يقول السرخسي: والقرآن كله حسن ثم أمر باتباع ما أحسن [١]. أهـ.

وبهذا يكون الاستحسان أمراً مأموراً به فيكون حجة، لأن المدح إن كان وارداً مع العقاب على ترك الفعل فإنه يكون واجباً، وإن كان مع عدم العقاب على الترك كان مندوباً. إلا أن جانب الوجوب يقوى بالآية التي سأذكرها بعد قليل . فيكون العمل بالاستحسان واجباً[٢].

يقول الآمدي في رد الاستدلال بهذه الآية بعد ذكرها والجواب عن الآية : أنه لا دلالة له على وجوب اتباع أحسن القول، وهو محل النزاع[٣]. أهـ.

ويمكن أن يجاب على قول الآمدي بأن الآية تدل على هذا المعنى وتدل أيضاً على حجية الاستحسان فهي تشمل المعنيين ، وهذا لا مانع منه.

ويقول ابن حزم[٤] في رد الاستدلال بهذه الآية : وهذا الاحتجاج عليهم لا لهم، لأن الله تعالى لم يقل : فيتبعون ما استحسنوا، وإنما قال :

---

(١) راجع المبسوط جـ١٠ ص ١٤٥

(٢) راجع هذا الدليل في كشف الأسرار على أصول البزدوي جـ٤ ص ١٣، المبسوط جـ١٠ ص ١٤٥، التوضيح جـ٢ ص ١٦٢، أصول السرخسي جـ٢ ص ٢٠٠، الإحكام للآمدي جـ٤ ص ٢١٤، روضة الناظر وشرحها جـ١ ص ٤٠٩، المستصفى جـ١ ص ٢٧٦، نفائس الأصول جـ٩ ص ٤٠٣٣، الأدلة المختلف فيها للدكتور/عبد الحميد أبو المكارم ص ٢٤٨

(٣) راجع الإحكام للآمدي جـ٤ ص ٢١٤

(٤) هو أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم أصل جده من فارس، وهو عالم الأندلس في عصره، ولد بقرطبة سنة ٣٨٤هـ له مصنفات منها الفصل في الملل والنحل، والمحلى في الفقه ، وجمهور الأنساب توفي سنة ٤٥٦هـ (راجع البداية جـ١٢ ص ٩١ وما بعدها، الأعلام جـ٤ ص ٢٥٤ وما بعدها).

﴿ **فيتبعون أحسنه** ﴾ وأحسن الأقوال ما وافق القرآن وكلام رسول الله ﷺ هذا هو الإجماع المتيقن من كل مسلم ، ومن قال غير هذا فليس مسلماً وهو الذي بينه الله تعالى بقوله: ﴿ **يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم فإن تنازعتم في شئ فردوه إلى الله والرسول إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ذلك خير وأحسن تأويلا**[(١)] ﴾.ولم يقل تعالى فردوه إلى ما تستحسنون .

ومن المحال أن يكون فيما استحسنا دون برهان ، لأنه لو كان ذلك لكان الله تعالى يكلفنا ما لا نطيق، ولبطلت الحقائق، ولتضادت الدلائل ، وتعارضت البراهين ، ولكان تعالى يأمرنا بالاختلاف الذي نهانا عنه، وهذا محال لأنه لا يجوز أصلا أن يتفق استحسان العلماء كلهم على قول واحد. على اختلاف هممهم وطبائعهم وأغراضهم ، فطائفة طبعها الشدة ، وطائفة طبعها اللين ، وطائفة طبعها التصميم، وطائفة طبعها الاحتياط، ولا سبيل إلى الاتفاق على استحسان شئ واحد من هذه الدواعي والخواطر المهيجة ، واختلافها واختلاف نتائجها، وموجباتها ونحن نجد الحنفيين قد استحسنوا ما استحسنه المالكيون، ونجد المالكين قد استحسنوا قولا قد استقبحه الحنفيون ، فبطل أن يكون الحق في دين الله مردوداً إلى استحسان بعض الناس، وإنما يكون هذا – وأعوذ بالله – ولو كان الدين ناقصا ، فأما وهو تام لا مزيد فيه ، مبين كله منصوص عليه، أو مجمع عليه فلا معنى لمن استحسن شيئاً منه أو من غيره، ولا لمن استقبح أيضا شيئا منه أو من غيره، والحق حق وإن استقبحه الناس،

---

(١) سورة النساء الآية ٥٩.

والباطل باطل وإن استحسنه الناس، فصح أن الاستحسان شهوة واتباع للهوى والضلال ، وبالله تعالى نعوذ به من الخذلان .

ثم قال فإن قال قائل قد ظهر الفتيا بالرأي في الصحابة فقد أجمعوا على الرضا به.

قيل له وبالله تعالى التوفيق : ليس كما تقول بل لو قال قائل : إنهم رضى الله عنهم أجمعوا على ذمه لكان مصيباً، لأن الذين روى عنهم الفتيا منهم رضى الله عنهم مائة ونيف وثلاثون. ولا يحفظ الكثير منهم من الفتيا إلا عن عشرين منهم. ثم لا يحفظ عن أحد من هؤلاء المذكورين تصويب القول بالرأي ، ولا أنه دين ولا أنه لازم بل أكثرهم قد روى عنه ما أخبر به من الرأي ، وعلى أي وجه أفتى به من أنه غير لازم: ثم نعكس عليهم السؤال فنسألهم أعصم أحد من الخطأ بعد رسول الله ؟ فمن قولهم وقول جميع المسلمين أنه لم يعصم أحد من الخطأ بعد النبي ﷺ . وأن كل من دونه يخطئ ويصيب . فإذا كان الأمر كذلك أيسوغ لأحد أن يقول: إنهم قد أجمعوا على الخطأ ، وأراد تصحيح الخطأ بذلك، وهذا ما لا يقول به أحد ، وإنما يكون الإجماع صحيحا إذا أجمعوا على صحة القول بشئ ما، ولم يصح قط عن أحد منهم القول بالرأي . وأيضا فإنه ليس منهم أحد أفتى برأيه في مسألة إلا وقد أفتى غيره فيها بنص رواه أو موافق لنص، فإذا كان الأمر كذلك فإن الواجب عرض تلك الأقوال على القرآن والسنة فالقرآن والسنة يشهدان بصحة قول من وافق قوله النص، لا من قال برأيه وبالله تعالى نتأيد[١].

(١) راجع الأحكام لابن حزم جـ٥ ص ٧٥٨ وما بعدها.

ويجاب على ذلك: بأن الاستحسان يوافق القرآن والسنة ، لأنه عدول عن القياس العام ، وحكم القاعدة إلى نص من كلام الله ﷻ أو الرسول ﷺ ، أو إلى إجماع أو قياس ، والعمل بالإجماع والقياس عمل بالقرآن والسنة، لأن جحتيهما ثبتت بالقرآن والسنة، أو العدول إلى مصلحة شهدت لجنسها النص بالصحة فالعمل بها عمل بتلك النصوص.

ويقول الغزالى في رد الاستدلال بالآية السابقة : أنه يلزم من ظاهر هذا اتباع استحسان العامي والطفل والمعتوه لعموم اللفظ[1]. أهـ.

ويجاب عن ذلك: بأن المراد استحسان من هو من أهل النظر والاجتهاد وهم الأئمة المجتهدون فخرج من هم سواهم.

ويقول الزركشى فى رد الاستدلال بهذه الآية ، وأجاب أصحابنا عن الآية بأنها تتضمن الأخذ بالأحسن دون المستحسن ، وهو ما جاء به الكتاب والسنة لا غيرهما[2].أهـ.

ويجاب عن ذلك: بأن الاستحسان مشتق من الحسن، والأحسن[3]، وكلاهما بمعنى واحد فدلت الآية على حجية الاستحسان .

ب- واستدلوا أيضا بقوله تعالى﴿ **واتبعوا أحسن ما أنزل إليكم من ربكم من قبل أن يأتيكم العذاب بغتة وأنتم لا تشعرون**﴾ [4].

وجه الدلالة : أن الآية تمدح الذين يتبعون أحسن القول ، وأحسن أفعل تفضيل يقابله الحسن وهو المتروك باتباع الأحسن ، وهذا يعنى ترك

---

(١) راجع المستصفي جـ١ ص ٢٧٧

(٢) راجع البحر المحيط جـ٨ ص ١٠٥

(٣) راجع المصباح المنير جـ١ ص ١٣٦، لسان العرب جـ٢ ص٨٧٩

(٤) سورة الزمر الآية ٥٥

بعض واتباع بعض آخر لكونه أحسناً فهو الاستحسان ثم إن الآيـــة فيـــها أمر بالوجوب فيكون المأمور به واجباً ، ولا معنى لحجية الاستحســان إلا هذا(١).

يقول الآمدي بعد ذكره هذه الآية: إن الله تعالى أمر باتباع أحســن ما أنزل ولو لا أنه حجة لما كان كذلك(٢).أهـــ.

ويقول ابن الحاجب في الاستدلال بهذه الآية : والأمـــر للوجـــوب فدل على ترك بعض واتباع بعض بمجرد كونه أحســـن، وهـــو معنـــى الاستحسان(٣). أهـــ.

يقول الغزالي معترضاً على وجه الدلالة بالآية السابقة: إن إتبــاع أحسن ما أنزل إلينا هو اتباع الأدلة فبينوا أن هذا مما أنزل إلينـــا فضـــلا عن أن يكون من أحسنه وهو قوله تعالى: ﴿ **واتبعوا أحسن ما أنزل إليكم من ربكم**(٤)﴾ ثم نقول ونحن نستحسن إبطال الاستحسان ، وإلا يكون لنـــا شرع سوى المصدق بالمعجزة فليكن هذا حجة عليهم(٥).أهـــ.

يجاب على ذلك:

أن الاستحسان عمل بدليل منزل لأن مرده إلى الأدلة الشرعية.

---

(١) راجع هذا الدليل في كشف الأسرار على أصول البزدوي جـــ٤ ص ١٣، شرح اللمع جـــ٢ ص ٩٧٢ جـــــ١ – مؤسسة جواد- بيـــروت لبنان، روضة الناظر جـــ١ ص ٤٠٩، الإحكام للآمدي جـــ٤ ص ٢١٤، شرح العضد على مختصر ابن الحاجب جـــ٢ ص ٢٨٩

(٢) راجع الإحكام للآمدي جـــ٤ ص ٢١٤

(٣) راجع شرح العضد على مختصر ابن الحاجب جـــ٢ ص ٢٨٩

(٤) سورة الزمر من الآية ٥٥

(٥) راجع المستصفى جـــ١ ص ٢٧٦ وما بعدها، وأورد الآمدي نفس الاعتراض(الإحكام للآمدي جـــ٤ ص ٢١٥)

ويقول الشيرازي[1] معترضا على وجه الدلالة بالآية السابقة أيضا: وهذا أمر باتباع ما أنزل وكلامنا في ما يستحسنه الإنسان من تلقاء نفسه من غير دليل ، فلا حجة لكم في الآية [2]. أهـ.

يجاب عن ذلك:

بما أجيب به عن الاعتراض السابق كما أن قول الشيرازي هذا مبني على أن الاستحسان قول قي الدين بالهوى والتشهي من غير دليل، وهذا مردود وباطل لاتفاق الأمة قبل ظهور المخالفين – على أنه لا يجوز لأحد أن يقول في شرع الله تعالى وأحكامه بشهوته وهواه من غير دليل شرعي – يستوي في ذلك المجتهد والعامي.

جـ واستدلوا أيضا بقوله تعالى:﴿ **وكتبنا له في الألواح من كل شئ موعظة وتفصيلا لكل شئ فخذها بقوة وأمر قومك يأخذوا بأحسنها سأوريكم دار الفاسقين**﴾ [3].

وجه الدلالة:

فقد أوضحت الآية الكريمة أن قوم موسى كانوا مأمورين بأن يأخذوا بالأحسن ، وهم مأمورون بالعمل به مع وجود الحسن في التوراة، ونحن كذلك مأمورون به، لأن شرع من قبلنا شرع لنا ما لم يرد ناسخ،

(١) هو إبراهيم بن على بن يوسف بن عبد الله الفقيه الشافعي الأصولي المؤرخ الأديب الملقب بجمال الدين، المكنى بأبي إسحاق، ولد بفيروز أباد بلدة قرية من شيراز وكان أنظر أهل زمانه وأفصحهم وأكثرهم تواضعاً توفي سنة ٤٧٦ هـ (راجع العبر جـ١ ٣٣٤، شذرات الذهب جـ٣ ص ٣٤٩).

(٢) راجع شرح اللمع جـ٢ ص ٩٧٢

(٣) سورة الأعراف الآية ١٤٥

وقد صار الأحسن في شرعنا. لما سبق من الآيات، وحينئذ يكون الاستحسان حجة[1].

د - واستدلوا أيضا بقوله تعالى: **﴿يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر﴾**[2].

وجه الدلالة: أن الآية تدل على أن الله تعالى يريد اليسر والسهولة لعباده، ولا يريد بهم العسر ، وفي الأخذ بالاستحسان ترك العسر إلى اليسر وهو أصل في الدين[3].

ثانيا: دليلهم من السنة:

استدل أصحاب هذا المذهب من السنة بقوله ﷺ " ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن ".

وجه الدلالة:

دل هذا الحديث على أن ما رآه المسلمون في عادتهم ونظر عقولهم مستحسنا فهو حق في الواقع ، ولولا أنه حق ما كان حسناً عند الله تعالى ، فالاستحسان حجة لأنه حسن عند الله تعالى، وقالوا لو لم يكن ما يراه المسلمون ومنه الاستحسان حسناً، لما كان عند الله حسناً[4].

---

(١) راجع هذا الدليل في كشف الأسرار للبخارى جـ٤ ص ١٣،نهاية السول جـ٣ ص ١٣٩، الأدلة المختلف فيها للدكتور / عبد الحميد أبو المكارم ص ٢٤٨

(٢) سورة البقرة من الآية ١٨٥

(٣) راجع المبسوط جـ١٠ ص ١٤٥

(٤) راجع كشف الأسرار على أصول البزدوى جـ٤ ص ١٣ وما بعدها، الإحكام للآمدي جـ٤ ص ٢١٤، روضة الناظر وشرحها جـ١ ص ٤٠٩، نفائس الأصول جـ٩ ص ٤٠٣٣، البحر المحيط جـ٨ ص ١٠٤، المستصفى جـ١ ص ٢٧٨، شرح العضد على مختصر ابن الحاجب جـ٢ ص ٢٩٨ .

يقول الآمدي بعد ذكر هذا الحديث : ولولا أنه حجة لما كان عند الله حسناً[1]. أهـ.

ويقول البخاري[2] في كشف الأسرار بعد ذكره هذا الدليل : سناً، فأما وأقواها يعنى في الدلالة على المقصود، إذ المراد بيان حسن ما دل عليه الدليل، وهذا اللفظ يدل عليه بوضعه. إذ الاستحسان وجدان الشئ وعده حالا ستحباب فيدل بوضعه المقصود على ميلان الطبع إلى الشئ والمحبة له، وذلك لا يدل على الحسن الذي هو لا محالة، فإن الطبع قد يميل إلى ما هو قبيح في الشرع والعقل .كالزنا الخمر. ألا ترى أنه استعمل هذا اللفظ في مقام الذم كما في قوله تعالى: ﴿ **الذين يستحبون الحياة الدنيا على الآخرة**﴾[3]. وقوله تعالى وشرب:﴿ **ذلك بأنهم استحبوا الحياة الدنيا على الآخرة**﴾[4]. فعرفنا أن الاستحسان أفصح وأقوى من الاستحباب[5]. أهـ.

يقول ابن الحاجب معترضاً على الاستدلال بهذا الحديث: المسلمون صيغة عموم فالمعنى ما رآه جميع المسلمون حسناً . فيتناول إجماع أهل الحل والعقد لاما رآه كل واحد حسناً ، وإلا لزم حسن ما رآه

---

(١) راجع الإحكام للآمدى جـ٤ ص ٢١٤

(٢) هو عبد العزيز بن أحمد بن محمد ويلقب بعلاء الدين البخاري. من تصانيفه شرح أصول البزدوي سماه كشف الأسرار، غاية التحقيق على أصول الأخسيكثي. توفي سنة ٧٣٠هـ (راجع الفتح المبين جـ٢ ص ١٣٦، الفوائد البهية ص ٩٤)

(٣) سورة إبراهيم من الآية ٣

(٤) سورة النحل من الآية ١٠٧

(٥) راجع كشف الأسرار على أصول البزدوي جـ٤ ص ١٣ وما بعدها.

آحاد العوام حسناً ، وما أجمع عليه فهو حسن عند الله .لأن الإجمـــاع لا يكون إلا على دليل[1]. أهـــ.

أجيب عن ذلك:

بأن هذا الحديث وإن كان يدل بلفظه على حجية الإجماع، فهو يدل أيضا بمعناه على حجية الاستحسان.

ويقول ابن حزم معترضاً على الاستدلال بهذا الحديث: واحتجـــوا فى الاستحسان بقول يجري على ألسنتهم وهو " ما رآه المسلمون حســـنا فهو عند الله حسن " وهذا لانعلمه يستند إلى رســـول الله ﷺ مـــن وجـــه أصلا، وأما الذي لاشك فيه فإنه لا يوجد ألبتة في مسند صحيـــح، وإنمـــا نعرفه من كلام ابن مسعود[2] . ثم قال : " ولو أتى من وجه صحيح لمـــا كان لهم فيه متعلق، لأنه إنما يكون إثبات إجماع المسلمين فقط لأنـــه لـــم يقل ما رآه بعض المسلمين حسنا فهو حسن، وإنما فيه ما رآه المسلمون " فهذا هو الإجماع الذي لا يجوز خلافه لو تيقن. وليـــس مـــا رآه بعـــض المسلمين بأولى بالاتباع مما رآه غيرهم من المسلمين، ولو كان ذلك لكنـــا مأمورين بالشئ وضده، وبفعل شئ وتركه معاً، وهذا محال لا سبيل إليـــه ثم يقال: لهم ما معنى قولكم : الاستحسان في هذه المســـألة وجـــه كـــذا. فجوابهم في ذلك أحد جوابين :

---

(1) راجع شرح العضد على مختصر ابن الحاجب جـ٢ ص ٢٨٩

(٢) هو عبد الله بن مسعود بن غافل بن حبيب الهزلى من أكابر الصحابة، كان سادس من أسلم ، وأول مـــن جـــهر بالقرآن بمكة، له في الصحيحين ثمانية وأربعون وثمانمائة حديثاً ، وكان فقيه راى توفي بالمدينة سنة ٣٢هـ (راجـــع الفتح المبين جـ١ ص ٦٩، شذرات الذهب جـ١ ص ٣٨).

أحدهما: ما كانوا عليه فيما قارب عصر أبى حنيفة ومالك وهـــو الــذي يرونه أحوط وأخف أو أقرب من العادة المعهودة، أو أبعد من الشـــناعة، وهذا كله بالجملة راجع إلى ما طابت عليه أنفسهم ، وهذا بـــاطل بقولـــه تعالى:﴿ **ونهـــى النفس عن الهوى فإن الجنة هى المأوى**﴾ [(١)].وبقولـــه تعالى: **إن النفس لأمارة بالسوء**[(٢)]﴾ وبقوله تعالى: ﴿ **بـــل اتبـــع الذيـــن ظلموا أهواءهم بغير علم**﴾ [(٣)]وقال تعالى : ﴿ **ومن أضل ممن اتبع هواه بغير هدى من الله**﴾ [(٤)]. وفى هذه الآي إبطال أن يتبع أحد ما استحســـن بغير برهان من نص، أو إجماع، ولا يكون أحـــد أحـــوط علـــى العبـــاد المؤمنين من الله خالقهم، ورازقهم، وباعث الرسل إليهم، والاحتياط كلـــه اتباع ما أمر الله تعالى به ، والشناعة كلها مخالفته ولا معنى لما نافرتـــه قلوب لم تعتده ، وهذا كله ظنون فاسدة لا تجوز إلا عند من لم يتعـــرف بمعرفة الحقائق، ولا حسن إلا ما أمر الله تعالى به ورسوله ﷺ أو أباحاه، ولا قبيح ولا شنيع إلا ما نهى عنه الله تعالى ورسوله ﷺ .

وجواب لهم ثان أجاب به الكرخي وهو قوله : هو أدق القياسين .

قال ابن حزم : وهذا القول يبطله كل ما نورده إن شـــاء الله فـــى باب القياس.

ويقال لهم : إن كان ههنا قياس يوجب ترك قياس آخر ويضـــاده، ويبطله فقد صح بطلان دلالة القيـــاس بـــإقراركم ، وصـــح بالبرهـــان

---

(١) جزء من الآية ٤٠ والآية ٤١ من سورة النازعات .

(٢) سورة يوسف من الآية ٥٣

(٣) سورة الروم من الآية ٢٩

(٤) سورة القصص من الآية ٥٠

الضروري إبطال القياس كلــه جملة بهذا العمل، لأن الحق لا يتضـــاد، ولا يبطل بعضه بعضاً، ولا يضاد برهان برهاناً أبداً، لأن معنى المضـاد أن يبطل أحد المعنيين الآخر، والشئ إذا أبطله الحق فقد بطل، والبــاطل لا يكون حقاً في حال كونه باطلاً. وإذا بطل بعض الشئ بعضا فوجب أن يكون كله باطلاً. لما قلنا من أن الحق لا يبطل بعضه بعضاً. فإذا شــهد بعض القياس عندكم بإبطال بعض قياس آخر. فنوع القياس كله متفاسـد، مبطل بعضه بعضاً فهو كله باطل.

فإن قالوا : إن الحديث بنقض بعضه بعضاً، وكذلــك الآي علــى سبيل النسخ، وكذلك النظر ، وليس دليلاً على بطــلان جميــع القــرآن والحديث والنظر.

فنقول لهم : هذا تمويه شديد، ولا يجوز أن تبطل آية آية أخــرى، ولا حديث حديثاً آخر إلا من طريق النســخ، أو يكــون أحــد الحديثيـن ضعيف النقل، فليس داخلا حينئذ فيما أمرنا بطاعته، وكذلك النظــر لأن النظر الصحيح إنما هو البرهان، وإنما تأتى أغاليط وشبه يظن قوم أنــها برهان، وليست برهاناً فليس هذا داخلا فى النظر، وليس مــا قلتـم فــي القياسين من هذا الباب في شئ لأن القياس ليس فيه ناسخ ولا منســوخ، ولا قلتم أن أحد القياسين مموه ليس قياساً بل قلتـم: همــا معــا قيــاس، فاستحسنا أدقهما، فتركتم أحد القياسين ، وأبطلتموه، وأنتم تقـــرون أنــه قياس، وإذا كان بعض النوع باطلا فهو كله باطل، ولا يجوز أن يجمــع الحق والباطل نوع واحد أبداً.

ثم يقول : ونحن نقول لمن قال بالاستحسان : ما الفرق بين ما استحسنت أنت، واستقبحه غيرك، وبين ما استحسنه غيرك واستقبحته أنت، وما الذي جعل أحد السبيلين أولى بالحق من الآخر، وهذا ما لا انفكاك منه وبالله التوفيق[1] أهـ .

يجاب عن هذا الاعتراض:

عند ذكر أدلة ابن حزم حيث إنه سيذكر هذا الاعتراض كدليل من الأدلة على عدم حجية الاستحسان ونفيه له كنفيه للقياس.

ويقول الإمام الغزالى معترضاً على الاستدلال بهذا الحديث. ولا حجة فيه من أوجه:

الأول: إن هذا الحديث خبر واحد لا تثبت به الأصول.

الثاني: إن المراد مارآه جميع المسلمين لأنه لا يخلو أن يريد به جميع المسلمين أو آحادهم . فإن أراد الجميع فهو صحيح إذ الأمة لا تجتمع على حسن شئ إلا عن دليل، والإجماع حجة وهو مراد الخبر ، وإن أراد الآحاد لزم استحسان العوام. فإن فرق بأنهم ليسوا أهلا للنظر قلنا : إذا كان لا ينظر في الأدلة فأي فائدة لأهلية النظر.

الثالث: إن الصحابة أجمعوا على استحسان منع الحكم بغير دليل ولا حجة ، لأنهم مع كثرة وقائعهم تمسكوا بالظواهر والأشباه ، وما قال واحد حكمت بكذا وكذا لأنى استحسنه، ولو قال ذلك لشددوا

(١) راجع الإحكام لابن حزم جـ٦ ص ٧٥٩ وما بعدها

الإنكار عليه، وقال من أنت حتى يكون استحسانك شرعاً. وتكون شارعاً لنا ؟.

وما قال معاذ[1] حين بعثه إلى اليمن إني أستحسن، بل ذكر الكتاب والسنة والاجتهاد[2] فقط [3]. أهـ.

أجيب عن ذلك بما يلي:

١- أما كون هذا الخبر خبر آحاد فإن خبر الآحاد تثبت به المسائل العملية عند جمهور العلماء . كما تثبت به حجية مصادر الاستنباط الشرعية.

والإمام الغزالى لا يعمل بخبر الواحد، مع أن خبر الواحد يجب العمل به وإلا لضاع كثير من الأحكام.

٢- أما كون الحديث يدل على حجية الإجماع، فهو أيضا يدل بمعناه على حجية الاستحسان ثم إن المراد بالمسلمين في الحديث هم أهل الحل والعقد ولا يدخل فيهم الصبيان والعوام.

---

(١) هو معاذ بن جبل بن عمرو بن أوس أبو عبد الرحمن الأنصارى الخزرجي أحد الستة الذين جمعوا القرآن على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، وآخى النبي صلى الله عليه وسلم بينه وبين جعفر بن أبي طالب توفي سنة ١٧ هـ (راجع العبر جـ١ ص ١٧، تذكرة الحفاظ جـ١ ص ١٩).

(٢) وحديث معاذ هو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث معاذ بن جبل إلى اليمن قاضياً فقال له كيف تقضي ؟ قال أقضي بما في كتاب الله قال : فإن لم يكن في كتاب الله قال : فبسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: فإن لم يكن في سنة رسول الله قال : أجتهد رأيي قال: الحمد لله الذى وفق رسول رسول الله لما يحب الله ورسوله (راجع عارضة الأحوزي جـ٦ ص ٦٩ باب حدثنا هناد ط دار الكتب العلمية- بيروت – لبنان- سنن أبي داود جـ٣ ص ٣٠٣ باب اجتهاد الرأى الناشر – دار إحياء السنة النبوية).

(٣) راجع المستصفى جـ١ ص ٢٧٨ وما بعدها.

٣- إن الاستحسان ليس حكما بغير دليل بل هـــو راجــع إلـــى الأدلـــة الشرعية، أما إن معاذاً لم يقل : استحسن وقال اجتهد فإن الاستحســـان هو أيضا عدول عن قياس ظاهر إلى آخر خفي لما فيه من المصلحة ، والقياس اجتهاد فكأنه قال : بالاستحسان حين قال بالاجتهاد.

ويقول الشيرازي معترضاً علـــى الاســـتدلال بـــالحديث الســـابق والجواب أن المراد بذلك ما أجمع المسلمون عليه من أهل الحل والعقـــد، وعندنا ما استحسنه أهل الإجماع فهو حسن عند الله ، ويجب العمل بـــــه والمصير إليه[١]. أهـــ.

ويقول الآمدي أيضا فإن قوله: " ما رآه المسلمون حسناً فهو عنـــد الله حسن " [٢]. إشارة إلى إجماع المسلمين، والإجماع حجة، ولا يكـــون إلا عن دليل ، وليس فيه دلالة على أن ما رآه آحاد المسلمين حسناً أنـــه حسن عند الله، وإلا كان ما رآه آحاد العوام من المسلمين حسنا أن يكـــون حسناً عند الله وهو ممتنع[٣]. أهـــ.

أجيب عن ذلك:

بما أجيب به على الاعتراض السابق فلا داعي لتكراره.

ثالثا : دليلهم من الإجماع:

استدل أصحاب هذا المذهب بالإجماع فقالوا أجمعت الأمة علـــى دخول الحمام من غير تقدير أجرة ، وعوض الماء، وتقدير مدة الســـكون

---

(١) راجع شرح اللمع جـــ٢ ص ٩٧٢

(٢) سبق تخريجه.

(٣) راجع الإحكام للآمدي جـــ٤ ص ٢١٥

واللبث فيه، وكذا شرب الماء من أيدي السقائين من غير تقدير العوض، ولا مبلغ الماء المشروب ، ولا سبب لذلك إلا أن المشاحة في مثله قبيحة في العادة، فاستحسن الناس تركه، مع أنا نقطع أن الإجارة المجهولة، أو مدة الاستئجار أو مقدار المشترى إذا جهل فهو ممنوع، وقد استحسنت إجارته مع مخالفة الدليل، فأولى أن يجوز إذا لم يخالف دليلا[1].

يقول الغزالى في رد هذا الاستدلال: والجواب من وجهين:

الأول: أنهم من أين عرفوا أن الأمة فعلت ذلك من غير حجة ودليل ولعل الدليل جريان ذلك في عصر الرسول ﷺ مع معرفته به، وتقريره عليه لأجل المشقة في تقدير الماء المشروب، والمصبوب في الحمام، وتقدير مدة المقام، والمشقة سبب الرخصة.

الثاني: أن نقول: شرب الماء بتسليم السقاء مباح. وإذا أتلف ماءه فعليه ثمن المثل، إذ قرينة حاله تدل على طلب العوض فيما بذله في الغالب، وما يبذله في الغالب يكون ثمن المثل فيقبله السقاء. فإن منع فعليه مطالبته فليس في هذا إلا الاكتفاء في معرفة الإباحة بالمعاطاة والقرينة ، وترك المماكسة فى العوض ، وهذا مدلول عليه من الشرع ، وكذلك داخل الحمام مستبيح بالقرينة، ومتلف بشرط العوض بقرينة حال الحمامي ، ثم ما يبذله إن ارتضى به

(١) راجع شرح العضد على مختصر ابن الحاجب جـ٢ ص ٢٨٩، المبسوط جـ١٠ ص ١٤٥ التوضيح جـ٢ ص ١٦٢، الإحكام للآمدي جـ٤ ص ٢١٤، الاعتصام جـ٢ ص ١٣٧ ، شرح اللمع جـ٢ ص ٩٧٣، روضة الناظر وشرحها جـ١ ص ٤٠٩، البحر المحيط جـ٨ ص ١٠٤وما بعدها، نفائس الأصول جـ٩ ص ٤٠٣٣، الآيات البينات جـ٤ ص ٢٦٥

الحمامي ، واكتفى به عوضاً أخذه، وإلا طالبه بـــالمزيد إن شـــاء.

فليس هذا أمراً مبدعاً ، ولكنه منقاس والقياس حجة[1].أهـ.

ويجاب على ذلك:

بأن الإجماع انعقد بعد وفاته ﷺ على إباحة هـــذه الأشـــياء، وإن كانت على خلاف القياس الذي يقضى بعدم جوازها، لكن قلنا: بجوازهـــا استحساناً دفعا للحرج والمشقة فكان العدول هنا من القياس العـــام إلـــى الإجماع للمصلحة التي اقتضت العدول.

ويقول الآمدي معترضاً على هذا الاستدلال وعن الإجماع علـــى الاستحسان ما ذكروه : لا نسلم أن استحسانهم هو الدليل على صحته بـــل الدليل مادل على استحسانهم له وهو جريان ذلك في زمن النبي ﷺ ، مـــع علمه به وتقريره لهم عليه أو غير ذلك[2]. أهـ.

أجيب عن ذلك:

بأن هذه الأمور وإن كانت ثابتة بالسنة من جهة تقريـــره ﷺ لـــهم عليه أو علمه به ولم ينكر عليهم . فإنها جاءت علـــى خـــلاف القيـــاس وعدلنا عن هذا القياس إلى السنة استحساناً وهذا ما يسمى بالاستحســـان بالنص.

ويقول الزركشي معترضاً على هذا الاستدلال : وعن الإجماع بأن المصير إليه بالإجماع لا بالاستحسان[3].أهـ.

---

(١) راجع المستصفى جـ١ ص ٢٧٩ وما بعدها، روضة الناظر وشرحها جـ١ ص ٤١١

(٢) راجع الإحكام للآمدي جـ٤ ص ٢١٥

(٣) راجع البحر المحيط جـ٨ ص ١٠٥

أجيب عن ذلك:

سلمنا أن المصير في هذه الأمور بالإجماع لكنها شرعت خلاف القياس ، لأن القياس يقضى بعدم جوازها للجهالة فيها المفضية إلى المنازعة لكن عدلنا عن القياس إلى الإجماع بالاستحسان للمصلحة فكان إجماعاً مستحسناً.

رابعا : أدلتهم من المعقول:

استدل القائلون بأن الاستحسان حجة بالمعقول، وقد انحصرت في ثلاثة أمور :

الأول: أن الاستحسان ثبت بالأدلة المتفق عليها، فكان حجة ، لأنه إما أن يثبت بالأثر وإما بالإجماع، وإما بالضرورة، وإما بالقياس، وإما بالمصلحة ، وإما بالعرف .

الثاني: أنه ثبت من استقراء الوقائع وإحكائها ، أن إطراد القياس أو استمرار العموم، قد يؤدي في بعض الوقائع إلى تفويت مصلحة الناس، لأن هذه الوقائع فيها خصوصيات تجعل الحكم فيها بموجب القياس يجلب المفسدة، أو يفوت المصلحة ، فمن العدل والرحمة بالناس. أن يفتح الله للمجتهدين باب العدول في هذه الوقائع عن حكم القياس، إلى حكم آخر يحقق المصلحة ويدفع المفسدة، وهذا هو الاستحسان.

الثالث: أنه ثبت من استقراء النصوص التشريعية . أن الشارع الحكيم عدل في بعض الوقائع عن موجب القياس، أو عن تعميم الحكم إلى حكم آخر جلباً للمصلحة أو درءاً للمفسدة، فحرم الميتة والدم،

وأباحها للمضطر، وتوعد من كفر بالله من بعد إيمانه، واستثنى من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان. ورسول الله ﷺ نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم[1]. وهو عدول عن عموم الحكم، أو عن موجب القياس في بعض الجزئيات لخصوصيات فيها تقتضي هذا العدول[2].

قال صدر الشريعة : أنا نعني به أى بالاستحسان- دليلا من الأدلة المتفق عليها يقع في مقابلة القياس الجلى[3].أهـ

وقال صاحب التلويح[4]: إن القائلين بالاستحسان يريدون به ما هو أحد الأدلة الأربعة[5].أهـ

٣- أدلة المذهب الثاني : المنكرين لحجية الاستحسان

بعد أن ذكرنا أدلة المثبتين للاستحسان وحجيته، والاعتراضات الواردة عليها، فإننا نذكر أدلة المنكرين للاستحسان وأبدأ بأدلة الشافعية ثم بأدلة الظاهرية ومن معهم.

---

(١) سيأتي هذا الحديث بعد قليل في أنواع الاستحسان .

(٢) راجع كشف الأسرار على أصول البزدوي جـ٤ ص ٥،كشف الأسرار مع نور الأنوار جـ٢ ص ٢٦٠ وما بعدها، أصول السرخسي جـ٢ ص ٢٠٢ وما بعدها ، شرح المنار وحواشيه ص ٨١٢ وما بعدها، الهداية وشروحها جـ٧ ص ٧١

(٣) راجع التوضيح جـ٢ ص ١٦٣

(٤) هو سعد الدين بن مسعود بن عمر التفتازاني من أئمة العربية والبيان والمنطق، ولد سنة ٧١٢هـ من كتبه تهذيب المنطق، والمطول، ومقاصد الطالبين ،وحاشية على شرح العضد على مختصر ابن الحاجب، والتلويح إلى كشف غوامض التنقيح (راجع الأعلام جـ٧ ص ٢١٩

(٥) التلويح على التوضيح جـ٢ ص ١٦٢

أولا: أدلة الشافعية:

أبطل الإمام الشافعي الاستحسان حتى أنه عقد لذلك فصلا قائما بذاته فى كتاب الأم بعنوان إبطال الاستحسان، ولنسق أدلة الإبطال التى ساقها ، ومنها تعرف على أي أنواع الاستحسان ينطبق، وهى تتلخص في أدلة ساقها في مواضع منثورة من الرسالة، وكتاب إبطال الاستحسان يمكن تلخيصها فيما يلى:

١- إن الله سبحانه وتعالى لم يترك الإنسان سدى، بل أمره ونهاه، وبين له ما أمره به وما نهاه عنه في كتابه ، وعلى لسان نبيه ﷺ نصاً، أو حملاً على نص بالقياس وما الاستحسان ؟ أهو منهما أم من غيرهما ؟ فإن كان منهما فلا حاجة إلى ذكره، وإن كان خارجاً عنهما فمعنى ذلك أن الله تعالى ترك أمراً من أمور الناس من غير حكم، وذلك يناقض قوله تعالى: ﴿ **أيحسب الإنسان أن يترك سدى** فالاستحسان الذي لا يكون قياساً ولا إعمالا لنص يناقض تلك الآية الكريمة وفي هذا المعنى يقول الإمام الشافعي فى الأم : فإن قال قائل: فما يدل على أن لا يجوز أن يستحسن إذا لم يدخل الاستحسان في هذه المعاني مع ما ذكرت في كتابك هذا ؟ قيل : قال الله ﷻ: ﴿**أيحسب الإنسان أن يترك سدى**﴾ فلم يختلف أهل العلم بالقرآن – فيما علمت– أن السدى الذي لا يؤمر ولا ينهى ، ومن أفتى أو حكم بما لم يؤمر به. فقد أجاز لنفسه أن يكون في معاني السدى ، وقد أعلمه الله أنه لم يتركه سدى، ورأى أن قال : أقول بما شئت، وأدعي

ما نزل القرآن بخلافه في هذا وفي السنة، فخالف منـــهاج النبييـــن ، وعوام حكم جماعة من روى عنه من العالمين.

ثم ذكر أمثلة عن حكم الرسول ﷺ بما أوحـــى إليــه ، وانتظـــاره الوحي فيما لم ينزل عليه وحي ، والتزامه أمر الله تعالى أن يحكـــم بيـــن الناس بما أوحى إليه به. فقد قال الله ﷻ لنبيه عليه الصلاة والسلام ﴿**أتبع ما أوحي إليك من ربك**﴾[1]. وقال تعالى :﴿ **وأن احكم بينهم بما أنـــزل الله ولا تتبع أهواءهم** ﴾[2]. ثم جاءه قوم فسألوه عن أصحـــاب الكـــهف وغيرهم فقال : أعلمكم غداً يعني أسأل جبريل ثم أعلمكم فـــأنزل الله ﷻ ﴿**ولا تقولن لشئ إنى فاعل ذلك غداً إلا أن يشاء الله**﴾ [3]. وجاءته امرأة أوس بن الصامت[4] . تشكو إليه أوساً فلم يجبها [5]حتى أنزل الله ﷻ فيـــه ﴿ **قد سمع الله قول التى تجادلك في زوجها وتشتكي إلى الله** ﴾ [6].

٢- استدل بقوله تعالى:﴿**يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم فإن تنازعتم في شئ فردوه إلى الله والرســـول إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ذلك خير وأحسن تأويلا**﴾ [7]. وبقولـــه

---

(١) سورة الأنعام من الآية ١٠٦

(٢) سورة المائدة الآية ٤٩

(٣) سورة الكهف الآية ٢٤

(٤) هو أوس بن الصامت بن قيس بن أحرم بن فهر بن ثعلبة بن غنم بن عوف بن الخزرج الأنصارى . أحو عبادة بـــن الصامت ذكروه فيمن شهداً بدراً والمشاهد، كان أول من ظاهر في الإسلام من نت عم له توفي ٣٤ هـــ (راجـــع الإصابة جـــ١ ص ١٣٧)

(٥) راجع الأم جـــ٧ ص ٢٩٨

(٦) سورة المجادلة من الآية ١

(٧) سورة النساء الآية ٥٩

تعالى ﴿ وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا﴾ [1] وقال تعالى :﴿ من يطع الرسول فقد أطاع الله﴾[2] .

وجه الدلالة:

دلت هذه الآيات على أن المؤمن يجب عليه اتباع كتاب الله وسنة رسوله ، وعلى ذلك يجب عليه اتباع كل ما جاء فيهما من أحكام نصاً أو دلالة ، والإجماع مستمد من السنة النبوية، فالعمل به عمل بالسنة ، والعمل بالقياس دل عليه الكتاب والسنة ، فالعمل به عمل بالكتاب والسنة

أما العمل بالاستحسان فإنه ليس اتباعاً للكتاب ولا السنة ، وهو شئ غير الإجماع والقياس، فالأخذ به إذاً زيادة على ما جاء في هذه المصادر التي أوجبت النصوص السابقة العمل بها فكان العمل بالاستحسان والأخذ به باطلاً ومردوداً[3].

٣- لا يجوز للمجتهد الحكم إلا عن طريق النص، أو الإجماع، أو القياس عليهما ، وأن الاجتهاد بطريق الاستحسان، غير داخل في اتباع النص أو الإجماع ، ولا في اتباع القياس عليهما.

وفي هذا يقول الإمام الشافعي في الرسالة :وإن القول بغير خبر ولا قياس لغير جائز،بما ذكرت من كتاب الله وسنة رسوله،ولا في القياس.ثم قال،أما الكتاب والسنة فيدلان على ذلك،لأنه إذا أمر النبي ﷺ

(١) سورة الحشر من الآية ٧

(٢) سورة النساء من الآية ٨٠

(٣) راجع الأم جـ٧ ص ٢٩٩ وما بعدها.

بالاجتهاد ، فالاجتهاد أبداً لا يكون إلا على طلب شئ ، وطلب الشـــئ لا يكون إلا بدلائل، والدلائل هي القياس.

وقال أيضا : ولم يجعل الله لأحد بعد رسول الله ﷺ أن يقول إلا مـــن جهة علم مضى قبله، وجهة العلم بعد الكتـــاب والســـنة ، والإجمـــاع والآثار، وما وصفت من القياس عليها[١]. أهـ

وقال في الأم: وليس يؤمر أحد أن يحكم بحق إلا وقد علم الحـــق، ولا يكون الحق معلوماً إلا عن الله نصاً، أو دلالة من الله، فقد جعل الحق في كتابه ثم سنة نبيهﷺ : فليس تنزل بأحد نازلة إلا والكتاب يدل عليـــها نصاً أو جملة، فإن قال : وما النص والجملة . قيل : النص ما حـــرم الله، وأحل نصاً؛حرم الأمهات،والجدات، والعمات، والخالات،ومن ذكر معهن، وأباح من سواهن وحرم الميتة والدم، ولحم الخنزير،والفواحش ما ظـــهر منها وما بطن ، وأمر بالوضوء فقال:﴿ **فاغسلوا وجوهكم وأيديكم**﴾ [٢].

فكان مكتفي بالتنزيل هذا عن الاستدلال فيما نزل فيه مع أشباه له. فإن قيل فما الجملة ؟ قيل : ما فرض الله من صلاة، وزكاة، وحج فـــدل رسول الله ﷺ كيف الصلاة، وعددها، ووقتها والعمل فيها، وكيف الزكاة، وفي أى المال هى، وفي أى وقت هي، وكم قدرها، وبين كيـــف الحـــج والعمل فيه، وما يدخل به فيه، وما يخرج به منه[٣]: أ.هـ

---

(١) راجع الرسالة للشافعي ص ٥٠٥ إلى ص ٥٠٨ ط مصطفي البابي الحلبي وأولاده.

(٢) سورة المائدة من الآية ٦

(٣) راجع الأم جـ٧ ص ٢٩٨ وما بعدها.

٤- إن الاجتهاد بالاستحسان أساسه العقل وفيه يستوى الجاهل والعالم ولو جاز للمجتهد القول بما يستحسنه عقله فيما ليس فيه خبر. لجاز ذلك أيضا لغيره من العوام- أصحاب العقول - أن يقولوا ذلك أيضا، وهذا لا يجوز بالاتفاق لأن الاجتهاد لا يجوز إلا لمن جمع آلة الاجتهاد، وكذلك لا يجوز للمجتهد أن يستحسن بعقله

وفي هذا يقول الإمام الشافعي في الرسالة : فهل تجيز أنت أن يقول الرجل استحسن بغير قياس ؟ فقلت لايجوز هذا عندي لأحد ، وإنما كان لأهل العلم أن يقولوا دون غيرهم، لأن يقولوا في الخبر باتباعه فيما ليس فيه الخبر- بالقياس على الخبر- ، ولو جاز تعطيل القياس جاز لأهل العقول- من غير أهل العلم - أن يقولوا فيما ليس فيه خبر بما يحضرهم من الاستحسان .

وقال ولو قال : بلا خبر لازم ، ولا قياس كان أقرب من الإثم من الذي قال وهو غير عالم وكان القول لغير أهل العلم جائزاً[1]. أ.هـ .

وقال الشافعي في الأم : ومن استجاز أن يحكم أو يفتى بلا خبر لازم ، ولا قياس عليه. كان محجوجاً. بأن معنى قوله: أفعل ما هويت ، وإن لم أومر به - مخالف معنى الكتاب والسنة - فكان محجوجاً على لسانه - ومعنى ما لم أعلم فيه مخالفاً فإن قيل ما هو ؟ قيل : لاأعلم أحداً من أهل العلم رخص لأحد من أهل العقول والآداب في أن يفتى، ولا يحكم برأى نفسه. إذا لم يكن عالماً بالذي تدور عليه أمور القياس. من الكتاب، والسنة، والإجماع، والعقل - لتفصيل المشتبه.

---

(١) راجع الرسالة ص ٥٠٤ وما بعدها.

فإن زعموا هذا، قيل لهم : ولما لم يجز لأهل العقول التى تفـــوق كثيراً من عقول أهل العلم بالقرآن ، والسنة، والفتيا- أن يقولوا فيما قـــد نزل، مما يعملونه معاً . أن ليس فيه كتاب، ولا سنة، ولا إجماع، وهـــم أوفر عقولا. وأحسن إبانة لما قالوا من عامتكم[1] ؟ أ.هـ

٥- إن الاستحسان لا ضابط له، ولا مقاييس يقاس بها الحق من الباطل ، فلو جاز لكل حاكم أو مفت أن يقول بالاستحسان فيما لا نص فيـــه ، لأدى ذلك إلى وجود أحكام كثيرة مختلفة في المسألة الواحدة لا ضابط لها، ولا يتبين وجه الحق فيها.

وفي هذا المعنى يقول الشافعي في الأم : أفرأيت إذا قال الحـــاكم والمفتي في النازلة – ليس فيها نص ولا قياس – وقال استحسن ، فلابـــد أن يزعم أن جائزاً لغيره أن يستحسن خلافه، فيقول : كل حاكم في بلـــد ومفت بما يستحسن ، فيقال: فى الشئ الواحد بضروب من الحكم والفتيا ، فإن كان هذا جائزاً عندهم فقد أهملوا أنفسهم حيث شـــاءوا ، وإن كـــان ضيقاً فلا يجوز أن يدخلوا فيه[2]. أ.هـ

٦- إن النبي ﷺ ما كان يفتى باستحسانه ، وهو الذي لاينطق عن الــهوى فقد سئل عن الرجل يقول لامرأته: أنت عليَّ كظهر أمي . فلـــم يفـــت

---

(1) راجع الأم جـــ٧ ص ٣٠٠ وما بعدها.

(2) راجع الأم جـــ٧ ص ٣٠٧

باستحسانه. بل انتظر الوحي حتى نزلت آية الظهار وكفارته[1].وسئل عمن يجد مع امرأته رجلا ويتهمها فانتظر حتى نزلت آية اللعان[2] ولو كان لأحد أن يفتي بذوقه الفقهي، أو باستحسانه، لكان سيد المرسلين محمد ﷺ : فامتناعه عنه يوجب علينا أن نمتنع عن الاستحسان من غير اعتماد على نص، ولنا في رسول الله ﷺ أسوة حسنة لقول الحق سبحانه وتعالى: ﴿ **لقد كان لكم في رسول الله أسوة حسنة لمن كان يرجوا الله واليوم الآخر وذكر الله كثيرا** ﴾ [3].

٧- إن النبيﷺقد استنكر على الصحابة الذين غابوا عنه، وأفتوا باستحسانهم،فقد أنكر بعض الصحابة أنهم أحرقوا مشركا لاذ بشجرة، واستنكر على أسامة بن زيد[4]عندما قتل رجلا قال لا إله إلا الله لأنه قالها تحت حر السيف،ولو كان الاستحسان جائزاً ما استنكر عملهم[5].

---

(1) وهي قوله تعالى " الذين يظاهرون من نسائهم ما هن أمهاتهم إن أمهاتهم إلا اللآئى ولدنهم وإنهم ليقولون منكراً من القول وزوراً وإن الله لعفو غفور . والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبته من قبل أن يتماسا ذلكم توعظون به والله بما تعملون خبير. فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكيناً ذلك لتؤمنوا بالله ورسوله وتلك حدود الله وللكافرين عذاب أليم ". الآيات ١،٢،٣ من سورة المجادلة.

(2) وهي الآيات ٦،٧،٨،٩، من سورة النور.

(3) سورة الأحزاب من الآية ٢١

(4) هو بن حارثة بن عبد العزي بن إمرئ القيس بن عامر بن النعمان بن حارثة الكلبي، حب رسول الله وابن حبه، وهو الذى قال عنه مجزر المدلجى أن أسامة وزيداً عليهما قطيفة قد غطيا رءوسهما، وبدت أقدامهما فقال إن هذه الأقدام بعضها من بعض توفي سنة ٥٤هـ (راجع العبر جـ١ ص ٤٢، طبقات ابن سعد جـ٤ ص ٦٢).

(5) راجع أدلة الإمام الشافعي على إبطال الاستحسان في الرسالة ص٥٠٤ وما بعدها ، الأم جـ٧ ص ٢٩٨ وما بعدها، البحر المحيط جـ٨ ص ١٠٤، أصول الفقه للإمام محمد أبو زهرة ص ٢٥٢ وما بعدها، بحوث في الأدلة المختلف فيها الأستاذ الدكتور / عبد الحميد أبو المكارم ص ٢٥٣ وما بعدها، الأدلة المختلف فيها لأستاذي الدكتور / جلال الدين عبد الرحمن ص ٢٢٧ وما بعدها ط الجلاوي شبرا – مصر.

وبعد فهذه أبرز الأدلة التـــي ســاقها الإمـــام الشــافعي لإبطـــال الاستحسان ، وأنت ترى أن هذه الأدلة والمعاني لا تصلح محلا للـــنزاع. لأنها بعيدة كل البعد عن الاستحسان الذي قال به غيره مــــن العلمـــاء ، فالاستحسان الذي رده الشافعي هو المبني على الرأي المحض ، فإن هـذا المعنى لا يقول به أحد ممن عملوا بالاستحسان ، والذي قال به الحنفيـــة والمالكية والحنابلة شئ آخر غير هذا ، وهم أجل قــدراً وأشــد ورعــاً، وخوفاً من الله تعالى من أن يقولوا في دين الله بالتشهي والعقل من غـــير الاعتماد على دليل شرعي.

على أن الإمام الشافعي مصيب في رأيه، وما قاله هو الحق، فمـن استحسن بالمعنى الذي أراده فقد شرع وتجرأ علـــى الله ورســوله ﷺ ، وليس لأحد أن يقول بالاستحسان بهذا المعنى، ولو علم الشـــافعي مــراد غيره من الاستحسان الاصطلاحي الذي استقر معناه، وضبط بعد عصـره على يد المتأخرين من الحنفية والمالكية لما أنكره، وكيف ينكره وقد عمل به في واقع الأمر في بعض الفروع الفقهية، ولكنه أرجـــع الكثـــير مـــن المسائل الاستحسانية فى غالب الأحيان إلى القياس ، فقــد وســع دائـــرة القياس فأدخل فيه كثيراً من مسائل الاستحسان.

قال ابن السمعاني : إن كان الاستحسان هو القول بمـــا يستحســـنه الإنسان من غير دليل فهو باطل ولا يقول به أحد[1]. أهــ.

وقال صاحب التلويح: لما اختلفت العبارات في تفسير الاستحســـان مع أنه يطلق في اللغة على ما يهواه الإنسان ، ويميـــل إليـــه وإن كـــان

---

(1) راجع إرشاد الفحول ص: ٢٤١

مستقبحاً عند الغير، وكثر استعماله في مقابلة القياس على الإطلاق. كان إنكار العمل به عند الجهل بمعناه مستحسناً حتى يتبين المراد منه إذ لا وجه لقبول العمل بما لا يعرف معناه، وبعد ما استقرت الآراء على أنه اسم لدليل متفق عليه نصاً كان أو إجماعاً، أو قياساً خفياً وقع في مقابلة قياس تسبق إليه الإفهام حتى لا يطلق على نفس الدليل من غير مقابلة فهو حجة عند الجميع من غير تصور خلاف[1]. أهـ.

ويقول أبو زهرة : بعد ذكره للأدلة السابقة وأن هذه الأدلة كلها لا ترد على الاستحسان الحنفي، إلا فيما يتعلق باستحسان العرف، واعتبار العرف أصلاً من أصول الاستنباط موضع خلاف بين الشافعية والحنفية، وما عدا استحسان العرف فإن كل أنواع الاستحسان الحنفي لا يرد عليه اعتراض من اعتراضات الشافعي، لأنه مبني على الأصول التي لا يسع الإمام الشافعي أن يخالفها، إذ هو في إحدى صوره ضرب من ضروب القياس، وفي الأخرى اعتماد على النص، أو الإجماع، أو الضرورة. والضرورات تبيح المحظورات بإجماع العلماء، وهي موضع اعتبار، وبها يخالف النص، فأولى أن يخالف بها القياس[2]. أهـ.

(1) راجع التلويح على التوضيح جـ٢ ص ١٦٣

(2) راجع أصول الفقه للشيخ أبي زهرة ص ٢٥٤

وقال الماوردي[1] : فلم يخل ما استحسنه الإمام الشافعي ﷺ من دليل اقترن به، والاستحسان بالدليل معمول به، وإنما تنكر للعمل بالاستحسان إذا لم يقترن به دليل[2].أهـ.

وخلاصة ما ذكره الشافعي عن إبطال الاستحسان، يفيد أنه أنكر العمل بالاستحسان الذي لا يستند إلى دليل شرعي، وأما ما يستند إلى دليل شرعي فهو جائز عنده، كما هو جائز عند غيره.

ثانيا : أدلة ابن حزم ومن معه على نفيهم الاستحسان تبعا لنفيهم القياس:

فقد استدلوا بما يأتي :

١- قوله تعالى: ﴿ فإن تنازعتم في شئ فردوه إلى الله والرسول إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ذلك خير وأحسن تأويلا ﴾ [3].

فقد أمر الله تعالى برد المتنازع فيه إلى كتاب الله وسنة رسول الله ﷺ ، ولم يقل فردوه إلى ما تستحسنون ، وإذا لم يبق إلا الاستحسان المطلق : فليس استحسان زيد أولى من استحسان عمرو، ويصير الدين هملاً. غير حقيقة، وحراماً وحلالاً معاً، وهذا باطل فبطل القول بالاستحسان.

٢- من الباطل أن يكون الحق في دين الله ﷻ مردوداً إلى استحسان بعض الناس، وإنما هذا – وأعوذ بالله- لو كان الدين ناقصاً . فإما

---

(1) هو أبو الحسن على بن محمد بن حبيب البصري الشافعي، مصنف الحاوي، والإقناع، وأدب الدين والدنيا، وغير ذلك، كان إماماً في الفقه والأصول والتفسير بصيراً بالعربية، توفي سنة ٤٥٠هـ (راجع شذرات الذهب جـ٣ ص ٢٨٥، طبقات الشافعية للسبكي جـ٣ ص ٣٠٣.

(2) راجع أدب القاضي للماوردي جـ١ ص ٦٦٠

(3) سورة النساء من الآية ٥٩

وهو تام لا مزيد فيه ، مبين كله، منصوص عليه، أو مجمع عليه، فلا معنى لمن استحسن شئ منه، أو من غيره، ولا لمن استقبح شيئا منه أو من غيره، والحق حق وإن استقبحه الناس، والباطل باطل وإن استحسنه الناس ، فصح أن الاستحسان شهوة ، واتباع للهوي والضلال.

٣- إن الاستحسان الذى كانوا عليه فيما قارب عصر أبى حنيفة ومالك هو الذي يرونه أحوط، أو أخف، أو أقرب من العادة والمعهود ، أو أبعد من الشناعة ، وهذا كله بالجملة راجع إلى ما طابت عليه أنفسهم وهذا باطل بقوله تعالى: ﴿**ونهى النفس عن الهوى فإن الجنة هي المأوى**﴾[١]. وقوله تعالى: ﴿**إن النفس لأمارة بالسوء إلا ما رحم ربى**﴾[٢]. وبقوله تعالى: ﴿**بل اتبع الذين ظلموا أهواءهم بغير علم**﴾[٣]. وبقوله تعالى: ﴿**ومن أضل ممن اتبع هواه بغير هدى من الله**﴾[٤]فقد أبطلت هذه الآيات أن يتبع أحد ما استحسن بغير برهان من نص، أو إجماع، ولا يكون أحد أحوط على العباد المؤمنين من الله خالقهم، ورازقهم ، وباعث الرسل إليهم، والاحتياط كله اتباع، ما أمر الله تعالى به، والشناعة كلها مخالفته، ولا معنى لما نافرته قلوب لم تعتده ، وهذا كله ظنون لا تجوز إلا عند من لم يتعرف بمعرفة

---

(١) جزء من الآية ٤٠ والآية ٤١ من سورة النازعات.

(٢) سورة يوسف من الآية ٥٣

(٣) سورة الروم من الآية ٢٩.

(٤) سورة القصص من الآية ٥٠.

الحقائق، ولا حسن إلا ما أمر الله تعالى به ورسوله ﷺ أو أباحه ، ولا قبيح ولا شنيع إلا ما نهى عنه الله تعالى ورسوله ﷺ

٤- قوله تعالى: **﴿ ما فرطنا في الكتاب من شئ﴾**[١]. وقوله تعالى: **﴿ونزلنا عليك الكتاب تبيانا لكل شئ﴾**[٢]. وقوله تعالى: **﴿ولا رطب ولا يابس إلا في كتاب مبين﴾**[٣].

فقد أوضحت هذه الآيات الكريمات. أن القرآن قد اشتمل على جميع الأحكام، فلا توجد حاجة لغيره لإثبات الأحكام كالقياس، والاستحسان ، لأن القرآن لم يترك حكماً إلا وقد بينه.

٥- قوله تعالى **﴿ولا تقف ما ليس لك به علم﴾** [٤]. وقوله تعالى : **﴿وأن تقولوا على الله ما لا تعلمون﴾** [٥].

فقد نهى الله تعالى في هاتين الآيتين عن القول بغير علم، كما نهى عن اتباع الظن، إذ أن القول بغير علم لا يغنى من الحق شيئاً فيكون منهيا عنه بطريقة المنطوق، وحينئذ فإن العمل بالاستحسان يكون منهيا عنه، لأنه قول بدون علم كالقياس سواء بسواء.

٦- قوله تعالى : **﴿وأن احكم بينهم بما أنزل الله﴾** [٦].

---

(١) سورة الأنعام من الآية ٣٨.

(٢) سورة النحل من الآية ٨٩.

(٣) سورة الأنعام من الآية ٥٩.

(٤) سورة الإسراء من الآية ٣٦

(٥) سورة البقرة من الآية ١٦٩

(٦) سورة المائدة من الآية ٤٩

إن الله تعالى أمر نبيه محمداً ﷺ بالحكم بين الخلق بما أنـــزل الله تعالى ، وحينئذ فإن الحكم بغير ما أنزل الله يكون خللاً وبدعة، وهذا مـــا نهت عنه الآية الكريمة مفهوماً، والاستحسان لم يكن فيه حكم الله تعالى، وحينئذ يكون العمل به مخالفاً لما أمر الله به ﷻ .

٧- واستدلوا على إبطال الاستحسان. بإجمـــاع الصحابـــة علـــى عـــدم استعمال الرأي ، والاستحسان فرع منه ومن ذلك قول عمـــر[١] ﷺ :

" **إياكم وأصحاب الرأي فإنهم أعداء السنن أعيتـــهم الأحـــاديث أن يحفظوها، فقالوا بالرأي فضلوا ، وأضلوا** "[٢].

هذا وبعد عرض أدلة ابن حزم على نفيه الاستحسان كنفيه القيـــاس فإنه يمكن أن يرد عليه بما يلي :

١- إن ابن حزم لا يقول بحجية القياس، وينكر العمل به، ومن تعريفـــات الاستحسان أنه عدول عن قياس إلى قياس أقوى منه" وقد ثبتت حجيـــة القياس عند جميع الأئمة بالكتاب والسنة فلا معنى لمخالفته.

٢- إن الاستحسان راجع إلى الأدلة المتفق عليها لأنه عبارة عن اســتثناء من القواعد العامة سواء كانت نصـــاً وإجماعـــاً، أو قياســـاً. فـــالرد بالاستحسان يكون رداً إلى كتاب الله، وسنة رسوله ﷺ.

---

(١) هو عمر بن الخطاب بن نفيل بن عبد العزيز بن رباح- القرشي العدوي أبو حفص، ولد قبل البعثة بثلاثين ســـنة- بويع بالخلافة يوم وفاة سيدنا أبي بكر رضى الله عنهما، وهو أول من وضع التقويم الهجري. طعنه أبو لؤلؤة المجوسي بخنجر وهو في صلاة الصبح توفي سنة ١٣هـ (راجع الإصابات جـ٧ ص ٧٤، البداية جـ٣ ص ٣١، وشذرات الذهب جـ١ ص ٢٣)

(٢) هذا الأثر رواه ابن عبد البر من طريقة الشعبى عن عمر بن حريث عن عمر بن الخطاب (راجع جامع بيان العلـــم وفضله جـ٢ ص ١٣٥ ط دار الكتب العلمية - بيروت- لبنان)

٣- إن قوله " ومن المحال أن يكون الحق فيما استحسنوه بدون برهان .....إلخ فيرد عليه : بأن الاستحسان لم يكن قولا بدون دليل حتى يؤدي ما ذكره من أمور.

٤- إن قوله : بأن الاستحسان كله ظنون فاسدة ، والاحتياط في اتباع ما أمر الله تعالى ورسوله ...إلخ.

يجاب عن ذلك:

إن الاستحسان ليس قولا بما اشتهت النفوس دون دليل، حتى يكون الأخذ به تبعا للهوى أو الظنون الفاسدة، أو يكون الأخذ بما تمليه النفس الأمارة بالسوء بغير علم ولا هدى من الله تعالى ، بل هو اتباع للنصوص، أو الإجماع، فالعمل به عمل بدليل صحيح شرعاً.

وأما قوله : والاحتياط في اتباع ما أمر الله تعالى به ورسوله ﷺ ...إلخ.

فيقال له: إن العمل بالاستحسان إنما يشرع عندما يكون إطراد العمل بالقياس مؤدياً إلى الغلو والوقوع في الظلم، أو وقوع الحرج والمشقة على المكلفين، فإن هذا العمل أخذ بالاحتياط لرفع الحرج والظلم عن المكلفين، وقد قال الله تعالى: ﴿ **وما جعل عليكم في الدين من حرج**﴾[1].

٥- إن قوله بأن القرآن اشتمل على جميع الأحكام ....الخ فيقال له : بأن القرآن الكريم حوى أصول الدين وقواعد الأحكام العامة، ونص على بعضها، وترك بيان بعضها الآخر لرسول الله ﷺ ، وحيث ثبت أن الله

(١) سورة الحج من الآية ٧٨.

أرسل رسوله ليبين للناس أحكام دينهم، وواجب عليهم اتباعه كان بيانه للأحكام بياناً للقرآن، والاستحسان في جملته راجع إلى القرآن أو السنة، أو إلى غيرهما كما سبق القول.

٦- إن قوله: بأن الله نهى عن اتباع الظن ....إلخ.

فيقال : له إن الظن المنهي عنه يجب أن يكون خاصاً بالأصول دون الفروع، لأن الفروع يكتفي فيها بالظن فالعمل فيها بالظن غير منهي عنه.

٧- قوله إن الله أمر رسوله أن يحكم بين الناس بما أنزل الله ....إلخ.

فيقال له إن الاستحسان كما سبق القول راجع في جملته إلى الأدلة المتفق عليها سواء أكانت نصاً أو إجماعاً أو قياساً، وليس حكماً بالهوى والتشهي من غير دليل .

٨- قوله إن عمر بن الخطاب حذر من أصحاب الرأي ..إلخ

فيقال له إن نهي عمر بن الخطاب من استعمال الرأي، إنما المراد به الرأي المبني على الهوى، وهذا لا يجوز باتفاق الأئمة ، وأما الرأي المبني على دليل فإنه لا ينكره أحد : كما أن النبي ﷺ أقر الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين على اجتهادهم، والعمل برأيهم في كثير من المسائل، ولو كان المسلمون ممنوعين من إعمال الرأي والاجتهاد في حمل فرع على أصل، وفي إعمال قياس خفي في مقابلة قياس جلي لما أقرهم النبي ﷺ على العمل برأيهم، ولبين لهم حكم ذلك ، ولكنه لم يبين فدل ذلك على أنه جائز.

ويقول الإمام محمد أبو زهرة معلقاً على هذه الأدلة السابقة لابن حزم : وإن نظرة واحدة في هذه الأدلة نجدها تبني على أصلين:

أحدهما : أن النصوص القرآنية والنبوية قد أتت بكل الأحكام لازمها ونفلها ومكروهها، ومباحها .

الثاني : أن القياس زيادة على النصوص الكاملة لعمل الإنسان لا بشرع الأديان.

وبمناقشة هذه الأدلة يتضح أن النصوص قد أتت بكل شئ، ولم تبق شيئاً من غير بيان بالعبارة، أو الإشارة ، بيد أن الظاهريين يقصرون البيان على العبارة وحدها، ولا يتجاوزونها، والجمهور يوسعون معنى الدلالة، فيقولون إن الدلالة على الأحكام بألفاظها، وبالدلائل العامة التي تبينها مقاصد الشريعة، في جملة نصوصها وعامة أحوالها.

فإذا قال الشارع مثلا : ﴿ **إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون**﴾[1]. كان ذلك نصاً على الخمر بالعبارة ، وفيه دلائل تشير إلى أن كل ما فيه ضرر غالب يكون حراماً، فحرمت لما فيه من ضرر غالب. إذ يقول سبحانه وتعالى: ﴿ **يسألونك عن الخمر والميسر قل فيهما إثم كبير ومنافع للناس**﴾ [2].

فكل ما يتحقق فيه هذا المعنى يكون حراما بهذا النص العام، وبذلك يتبين أن ما يقوم له القياس يعتمد على النص، وهو في حقيقته إعمال للنص

(1) سورة المائدة من الآية ٩٠

(2) سورة البقرة من الآية ٢١٩

كما بينا وإذا كان القياس إعمالا للنص، فيكون من بيان الشـــريعة ، وإذن ينهدم الأصل الثاني، وهو منافاة القياس لكمال النص.

وقد قلنا : إن تعليل النصوص هو أساس الخـــلاف بيـــن مثبتـــي القياس ونفاته فنفاته نفوا التعليل فقصروا النصـــــوص علـــى العبـــارة ، ومثبتوه أثبتوا التعليل، فاعتبروا القياس إعمالا للنصوص.

وفي الحقيقة أن نفاة القياس قد أخطأوا إذ تركوا تعليل النصـــوص، فقد أداهم إهمالهم إلى أن قرروا أحكاما تنفيها الشريعة، فقـــد قـــرروا أن بول الآدمي نجس للنص عليه، وبول الخنزير طاهر لعـــدم النـــص، وأن لعاب الكلب نجس، وبوله طاهر، ولو اتجهوا إلى قليل مـــن الفـــهم لفقـــه النص ما وقعوا في مناقضة البدهيات على ذلك النحو.

ومن هذا القول يتضح لنا أن الظاهرية ومن معهم قد وقفوا عنـــــد النصوص الواردة فقط ، ولم يتوسعوا في الأدلة، كما أنـــهم لـــم يقولـــوا بتعليل الأحكام، بخلاف الجمهور من العلماء حيث إنهم أخذوا بـــالنصوص الواردة وبالقياس المبني على أصوله على الأدلة ، لوجود علة بين الفـــرع والأصل، وبروح الشريعة في رفع الحرج والمشقة على الناس، كما أنـــهم قالوا بتعليل الأحكام، واستعمال الرأي ومنه الاستحسان الذي هو إعمـــال قياس خفي في مقابل قياس جلى فكان الخلاف بين الجمهور والظاهريين واسعاً في الأمور التى أخذ بها الجمهور.

ولم يكن ما فعله الجمهور على غير سند، بل اتبعوا نهج الأوليـــن من الصحابة والتابعين من أجل هذا قيض الله تعالى لشريعته من يدافـــع عنها، ويبطل حجج ابن حزم وغيره، فقد تصـــدى لآرائـــه ابـــن القيـــم

الجوزية[1] في كتابه أعلام الموقعين، وذكر كثيراً من الشبه التي ساقها ابن حزم وفندها ورد عليها واحدة بعد الأخرى حتى هوت جميعها ولم تقم له ولأمثاله قائمة[2].

وبعد ذلك تبين أنه لا يوجد دليل من الأدلة التي ساقها ابن حزم لإبطال العمل بالاستحسان يصلح لمقصوده.

دليل المذهب الثالث:

القائل بأن الاستحسان ليس دليلاً شرعياً مستقلاً .

استدلوا: بأننا لو نظرنا إلى كل نوع من أنواع الاستحسان ، يتبين أن سند الحكم الشرعي فيه ومصدره، هو دليل من الأدلة الشرعية المسلمة.

فالقياس الخفي الذي ترجح على قياس جلي، حكمه ثابت بالقياس غاية الأمر: أن المجتهد رجح أحد القياسين ، لأن مناسبته أظهر وتأثيرها في جلب النفع أو دفع الضرر أقوى، وكذا الاستحسان الذي ثبت بالنص، وقدم على القياس، والحكم الثابت بالعرف، أو الضرورة، أو المصلحة،

---

(1) هو محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد بن جرير الزرعي الإمام شمس الدين أبو عبد الله الدمشقي المعروف بابن قيم الجوزية الحنبلي ولد سنة ٦٩١هـ وتوفي سنة ٧٥١هـ من مصنفاته إغاثة اللهفان من مصايد الشيطان، وتلبيس ابليس وأعلام الموقعين عن رب العالمين وغير ذلك (راجع هدية العارفين جـ٢ ص ١٥٨)

(2) راجع أدلة ابن حزم على إبطال الاستحسان، وما أجيب به عن هذه الأدلة في الأحكام لابن حزم جـ٦ ص ٧٥٨ وما بعدها، جـ٧ ص ١٠٥٥ وما بعدها، شرح العضد على مختصر ابن الحاجب جـ٢ ص ٢٤٨ وما بعدها، التلويح على التوضيح جـ٢ ص ١٠٦ وما بعدها، نهاية السول جـ٢ ص ٢١ وما بعدها، مناهج العقول جـ٢ ص ١٧ وما بعدها، أصول الفقه للشيخ محمد أبي زهرة ص ٢١٠وما بعدها، أعلام الموقعين جـ١ ص ٢ وما بعدها الناشر مكتبة الكليات الأزهرية ، الأدلة المختلف فيها للدكتور / عبد الحميد أبو المكارم ص ٢٥٥ ومابعدها.

وكلها أحكام ثبتت بالأدلة الشرعية ، فليس هناك دليلاً مستقلاً يصح أن يعد دليلاً شرعياً مع النص، والإجماع والقياس يسمى استحساناً[1].

ولعل سائلا يسأل ويقول ؟ إذا كان الاستحسان راجعاً إلى الأدلة الشرعية المسلم بحجيتها وليس دليلاً شرعياً مستقلاً فلماذا سمي هذا النوع من الأدلة بالاستحسان؟ وخصوصاً إذا وجدنا أن الاستحسان الذي سنده النص نجد أن الحكم ثابت بالنص، والذي سنده العرف يكون ثابتاً بالعرف، والذي سنده قياس خفي ترجح على قياس جلي نجد أن الحكم المستحسن ثابت بالقياس.

فأجاب السرخسي عن هذا السؤال بقوله : سمي بالاستحسان للتمييز بين هذا النوع من الدليل وبين الظاهر الذي تسبق إليه الأوهام قبل التأمل على معنى أنه يمال بالحكم عن ذلك الظاهر لكونه مستحسناً لقوة دليله، وهو نظير عبارات أهل الصناعات في التمييز بين الطرق لمعرفة المراد ، فإن أهل النحو يقولون : هذا نصب على التفسير ، وهذا نصب على المصدر ، وهذا نصب على الظرف، وهذا نصب على التعجب، وما وضعوا هذه العبارات إلا للتمييز بين الأدوات الناصبة ، وأهل العروض يقولون: هذا من البحر الطويل، وهذا من البحر المتقارب، وهذا من البحر المديد، فكذلك استعمال علماؤنا عبارة القياس والاستحسان للتمييز بين الدليلين المتعارضين ، وتخصيص أحدهما بالاستحسان لكون العمل به مستحسناً، ولكونه مائلا عن سنن القياس الظاهر، فكان هذا الاسم

---

(1) راجع التلويح على التوضيح جـ٢ ص ١٦٢، أصول الفقه الإسلامي للدكتور / بدران أبو العينين بدران ص ٢٠٦، الأدلة المختلف فيها لأستاذي الدكتور/ جلال الدين عبد الرحمن ص ٢٢٧

مستعاراً لوجود معنى الاسم فيه، بمنزلة الصلاة فإنها اسم للدعاء . ثم أطلقت على العبادة المشتملة على الأركان من الأفعال والأقوال لما فيها من الدعاء عادة[1] أهـ .

وأرى أن هذا المذهب لا يخالف المذهب الأول للجمهور إلا في كون الاستحسان هل هو دليل مستقل قائم برأسه. أم أنه دليل غير مستقل وهو يرجع إلى الأدلة الشرعية الأخرى ؟

فكثير من العلماء الذين يرون أن الاستحسان حجة يرون أنه ليس دليلاً مستقلاً، وإنما هو دليل راجع إلى الأدلة الشرعية الأخرى، وتسميته بالاستحسان للتمييز بينه وبين الدليلين المتعارضين، وتخصيص أحدهما بالاستحسان لكون العمل به مستحسناً.

وبعض العلماء يرون أن الاستحسان دليل مستقل كالقياس سواءً بسواء. وهذا الخلاف لا يترتب عليه كثير فائدة لأن كلا من الفريقين يرون أن الاستحسان حجة يجب العمل به.

هذا وبعد عرض أقوال العلماء في حجية الاستحسان، وأدلة كل قول يتبين لنا أن الاستحسان حجة يجب العمل به، وهو مذهب الجمهور، وذلك لقوة أدلته، وضعف أدلة المخالفين لهم، حيث ثبت أنها لا ترد على الاستحسان الحنفي ، إلا فيما يتعلق باستحسان العرف، وأن اعتبار العرف أصلا من أصول الاستنباط موضع خلاف بين الشافعية والحنفية، كما أن أدلة ابن حزم على إبطال الاستحسان كلها قد رددنا عليها حتى

---

(1) راجع أصول السرخسي جـ٢ ص ٢٠٠ وما بعدها.

هوت جميعها بما لا يدع مجالا للشك أنها باطلة . كما أن أدلة مـــن قـــال بأن الاستحسان ليس دليلاً مستقلاً، فمردود عليه بأن الاستحسان لا يكـــون إلا فيما نص فيه كالقياس تماماً، والقياس دليل مستقل فكذلك الاستحسان.

المبحث الثالث
في
تحقيق مذهب الإمام الشافعي في الاستحسان

تمهيد

إذا تتبعنا أقوال الإمام الشافعي وأصحابه، والفروع الفقهية عند الشافعية نجد أنهم أخذوا بالاستحسان الذى قال به أصحاب المذاهب الأخرى ، ومن هذه الأقوال والفروع الفقهية مايلى :

<u>أما الأقوال فهي كالتالي : قول الإمام الشافعي :</u>

استحسن في المتعة أن تكون ثلاثين درهما ، استحسن أن تثبت الشفعة للشفيع إلى ثلاثة أيام ، استحسن أن يترك شئ للمكاتب من نجوم الكتابة ، استحسن أن يضع المؤذن أصبعه في أذنيه إذا أذن، استحسن التحليف على المصحف.

قال : في السارق إذا أخرج يده اليسرى بدل اليمنى القياس أن تقطع يمناه، والاستحسان أن لا يقطع.

وقال : فى الجارية المغنية ، وهي التى اشتريت بألفين، ولولا الغنى لساوت ألفاً. كل هذا استحسان والقياس الصحة.

وقال : في الحُصْر الوقف ونحوه إذا بلى إنه يباع ويصرف في مصالح المسجد، ومثله الجذع المنكسر ، والدار المنهدمة وهذا استحسان:

وذهب في أحد قوليه إلى منع قرض الجواري ممن هي حلال له استحساناً وقال : استحسن مراسيل سعيد بن المسيب[1] .

وقال : في الشاهدين إذا قالا نشهد أنه لا وارث له سألتهما عن ذلك ، فإن قالا : هو لا نعلم فذا، وإن قالوا تيقناه قطعاً فقد أخطأوا، ولكن لاترد بذلك شهادتهما، ولكن أردها استحساناً.

وقال في التولية على الوقف : إنه للواقف، وعلل بأنه المتقرب بصدقته. فهو أحق من يقوم بإمضائها. وهذا استحسان .

وقال فيما إذا أعار أرضاً للبناء عليها والغراس، فبنى المستعير أو غرس ثم رجع ، واتفقا على أن يبيع الأرض والبناء لثالث بثمن واحد فقيل: هو كما لو كان لهذا عبد ، ولهذا عبد فباعاهما بثمن واحد والمذهب القطع بالجواز للحاجة – وهذا استحسان.

وقال الرافعي[2]:

في التغليظ على المعطل في اللعان استحسن أن يحلف ويقال قل بالله الذي خلقك ورزقك. أهـ.

---

(1) هو أبو محمد المخزومي. الإمام شيخ الإسلام وفقيه المدينة ، أجل التابعين ، ولد لسنتين مضتا من خلافة عمر، وكان أحد المفتين بالمدينة، وأحد قضاتها (راجع تذكرة الحفاظ جـ١ ص ٥٤، لهذيب التهذيب جـ٤ ص ٨٤ وما بعدها.

(2) هو الإمام أبو القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم القزويني الرافعي. إمام المذهب الشافعي، وصاحب التصانيف المشهورة التي لم يصنف مثلها في المذهب كالشرح الكبير وغيره توفي سنة ٦٢٣هـ (راجع العبر جـ٥ ص ٩٤، شذرات الذهب جـ٥ ص ١٠٨، طبقات الشافعية جـ٨ ص ٢٨١).

وقال القاضي الروياني[1]: فيما إذا امتنع المدعي من اليمين المردودة وقال : امهلوني لأسأل الفقهاء استحسن قضاء بلدنا إمهاله يوماً. أهـ.

وقال بعض الشافعية :

فى تقدير نفقة الخادم على الزوج المتوسط:استحسن الأصحاب أن يكون عليه مد وسدس لتفاوت المراتب في حق الخادمة، فإن الموسر عليه مد وثلث ، والمعسر عليه مد، فليكن المتوسط كذلك ، كما تفاوتت المراتب في حق المخدومة .

وقال بعض الشافعية :

ليس لولي المجنونة، والصبية المراهقة ،إذا آلى عنهما الزوج، وضربن المدة ، وانقضت أن لا يطالب بالغيبة لأن ذلك لا يدخل تحت الولاية ، واستحسنوا أن يقول الحاكم للزوج على سبيل النصيحة اتق الله في إليها أو طلقها[2].

---

(1) هو عبد الواحد بن إسماعيل أبو المحاسن .فخر الإسلام الروياني صاحب البحر والكافي بلغ من تمكنه في الفقه الشافعي أن قال لو احترقت كتب الشافعي لأمليتها من حفظي (راجع طبقات الشافعية جـ٧ ص ١٩٣ ، العبر جـ٤ ص ٤).

(2) راجع أقوال الإمام الشافعي وأصحابه في الإبهاج جـ٣ ص ٢٠٤ ومابعدها، نفائس الأصول في شرح المحصول جـ٩ ص ٤٠٣٧، البحر المحيط جـ٨ ص ١٠٧وما بعدها، شرح اللمع جـ٢ ص ٩٦٩، والموافقات جـ٤ ص ٢٠٦ وما بعدها، الآيات البينات جـ٤ ص ٢٦٤ وما بعدها، إرشاد الفحول ص ٢٤٠ وما بعدها، الإحكام للآمدي جـ٤ ص ٢١٠، أصول الفقه للدكتور/ محمد أبو النور زهير جـ٤ ص ١٨٨، شرح العضد على المختصر ابن الحاجب جـ٢ ص ٢٨٨، كشف الأسرار للنسفى جـ٢ ص٣٠٠، المستصفي جـ١ ص ٢٧٤.

هذه هى بعض الأقوال التى قالها الإمام الشافعي وأصحابه تدل على أن الاستحسان حجة ويعمل به عندهم.

وأما الفروع الفقهية التى تدل على أن الشافعية أخذوا بالاستحسان منها ما يلى قال صاحب المنهاج: إن المذهب صحة كفالة البدن للحاجة إليها، وقال الشافعي كفالة البدن ضعيفة أراد من جهة القياس[١].

وقال السيوطي[٢] تحت القاعدة الخامسة : الحاجة تنزل منزلة الضرورة، عامة كانت أو خاصة .

من الأولى : مشروعية الإجارة والجعالة والحوالة ونحوها جوزت على خلاف القياس، لما في الأولى من ورود العقد على منافع معدومة، وفي الثانية من الجهالة ، وفي الثالثة من بيع الدين بالدين ، لعموم الحاجة إلى ذلك، والحاجة إذا عمت كانت كالضرورة . ثم قال : ومنها مسألة الصلح وإباحة النظر للمعاملة ونحوها وغير ذلك[٣].

وقال السيوطي تحت قاعدة العادة محكمة : أعلم أن اعتبار العادة والعرف رجع إليه في الفقه في مسائل لا تعد كثرة....... وعد منها

---

(١) راجع مغنى المحتاج جـ٢ ص ٢٠٣، المجموع شرح المهذب جـ١٣ ص ٤٨٨

(٢) هو عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد بن أبي بكر بن عمر بن نصر الجلال الأسيوطي ولد سنة ٨٤٩هـ حفظ القرآن الكريم، والعمدة والمنهاج الفرعي والألفية في النحو من تصانيفه الإتقان في علوم القرآن والدر المنثور في التفسير وغيرهما توفي سنة ٩١١هـ .

(راجع شذرات الذهب جـ٨ ص٥١ ، الضوء اللامع جـ٤ ص ٦٥)

(٣) راجع الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٩٧ ط عيسى البابي الحلبي وأولاده بمصر

الكثير وكان من بينها قوله : وفي عمـــل الصنـــاع علـــى ماأستحسنه الرافعي[1].

وأجاز الشافعية : نبش قبر الميت بعد دفنه للضرورة. وغصـــب الخيط لخياطة جُرح حيوان محترم، كما جوزوا أخذ مال الممتنع مـن أداء الدين بغير إذنه. وقالوا : لو عم الحرام بلداً بحيث لم يوجـد الحـلال إلا نادراً فإنه يجوز استعمال ما يحتاج إليـــه ولا يقتصـر علـى موضـع الضرورة[2].

وقال الغزالى فى الزنديق المتستر إذا تاب : أن لا تقبل توبتـــه ، ويقتل خلافاً لمقتضى عموم الحديث" أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله " [3].

وقال: فإن قيل فالزنديق المتستر إذا تاب فالمصلحة فى قتلـــه وأن لا تقبل توبته، وقد قال ﷺ " أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إلــه إلا الله " فماذا ترون ؟ قلنا هذه المسألة في محل الاجتهاد ولا يبعد قتله إذ وجب بالزندقة قتله، وإنما كلمـــة الشـــهادة تسـقط القتـل فـي اليــهود والنصارى، لأنهم يعتقدون ترك دينهم بالنطق بكلمة الشهادة ، والزنديـــق

---

(1) راجع الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٩٩

(2) راجع الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٩٣

(3) هذا جزء من حديث أخرجه البخاري وأحمد من طريق جابر بن عبد الله (راجع صحيح البخاري بحاشية السندي جـ٢ ص ٢٤٣ باب وجوب الزكاة ، مسند أحمد جـ٢ ص ٣٣٢)

يرى التقية عين الزندقة . فهذا لو قضينا به فحاصله استعمال مصلحة في تخصيص عموم وذلك لا ينكره أحد[1]أهـ .

وأيضا قرر الشافعية : أنه يجوز إتلاف شجر الكفار وبنائهم ونباتهم لحاجة القتال والظفر بهم، وكذا الحيوان الذي يقاتلون عليه، مع أن الأصل حرمه إتلاف الأموال[2].

وقرر الشافعية : جواز أخذ نبات الحرم لعلف البهائم لما يلحق الحجيج من الحرج لو لم يبح لهم ، مع نهي رسول الله ﷺ الصريح عنه.

وقد أفتوا بجواز ضمان الدرك[3]، مع أنه مخالف للقياس، معللين ذلك بحاجة الناس إلى معاملة من لا يعرفونه، فلو لم يجز ذلك للحق بالناس الحرج، وهذا ضرب من استحسان المصلحة.

وأفتوا بجواز تضبيب الإناء بالفضة مع عموم النهى عن استعمال الفضة معللين ذلك بالحاجة.

وكذلك أفتوا بجواز الأكل من الغنيمة في دار الحرب مع ورود النهي عن الانتفاع بها قبل القسمة، مستندين في ذلك إلى الحاجة[4].

---

(1) راجع المستصفى جـ١ ص ٢٩٨ وما بعدها.

(2) راجع الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٩٣

(3) ضمان الدرك : هو أن يلتزم البائع بضمان العيب القديم الذي قد يوجد في المبيع لأن عقد البيع يقتضي بذاته سلامة المبيع من العيوب، وسلامته من حقوق الغير (راجع الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور / وهبة الزحيلي جـ٤ ص ٣١٧)

(4) راجع هذه الأمثلة في الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٩٨

من هذه الأمثلة للفروع الفقهية عند الشافعية يتضح لنا أنهم يعملون بالاستحسان كغيرهم من أئمة المذاهب الأخرى، إلا أنهم لا يطلقون عليه هذه التسمية بل يرجعونه إلى القياس والمصلحة في غالب الأحيان.

وهناك بعض الأقوال الواردة عن الإمام الشافعي – رحمة الله – تدل على نفيه للاستحسان ، وأنه مذموم عنده ومن ذلك ما يلي :

١- من استحسن فقد شرع. أي ينصب من جهة نفسه شرعاً غير الشرع.

٢- الاستحسان تلذذ، ولو جاز لأحد الاستحسان في الدين لجاز ذلك لأهل العقول من غير أهل العلم، ولجاز أن يشرع في الدين في كل باب، وأن يخرج كل واحد لنفسه شرعاً.

٣- والاجتهاد ما وصفت من طلب الحق . فهل تجيز أنت أن تقول : استحسن بغير قياس؟ فقلت : لا يجوز هذا عندي– والله أعلم – لأحد، وإنما كان لأهل العلم أن يقولوا دون غيرهم ، لأن يقولوا في الخبر باتباعه فيما ليس فيه الخبر بالقياس على الخبر.

٤- ومن قال استحسن لا عن أمر الله، ولا عن أمر رسول الله ﷺ فلم يقبل عن الله ولا عن رسوله ما قال، وكان الخطأ في قول من قال هذا بيناً.

٥- أفرأيت إذا قال الحاكم والمفتي في النازلة ليس فيها نص خبر، ولا قياس، وقال أستحسن فلا بد أن يزعم أن جائزاً لغيره أن يستحسن

خلافه فيقول : كل حاكم في بلد ومفت بما يستحسن فيقال : في الشئ الواحد بضروب من الحكم والفتيا[1].

هذه هي بعض الأقوال الواردة عن الإمام الشافعي التي تنفي الاستحسان :

وللتوفيق بين هذه الأقوال يمكن القول: بأن الأقوال التي وردت عنه تنفي الاستحسان، فالمراد به الاستحسان المبني على الهوى والتشهي من غير دليل من نص، أو قياس، وهذا لم يقل به أحد.

فالقائلون: بأن الإمام الشافعي – رحمه الله- يرفض الاستحسان غير مدركين لمقصد الإمام الشافعي – رضي الله عنه – إذ أن مراده استحسان النفس لا الاستحسان عن طريق القياس، والنص، والإجماع، والمصلحة، والضرورة : وهذه الأصول لا يسع فقيه من الفقهاء مخالفتها، إذ لا تخرج صورة منه عن ضربٍ من ضروب القياس ، أو اعتماداً على نص، أو إجماع ، أو ضرورة،أو مصلحة، أو عرف، وهذا شائع وذائع في فروعهم الفقهية، وموضع اعتبار عندهم، فلا مجال لإنكار الاستحسان أو العمل به في جميع المذاهب المشهورة.

وتحمل الأقوال الواردة عن الإمام الشافعي على أنه أخذ بالاستحسان على الاستحسان المبني على هذه الأصول السابق ذكرها.

---

(1) راجع هذه الأقوال في الإحكام جـ٣ ص ٢٠٤، المستصفى جـ١ص ٢٧٤ ، نفائس الأصول جـ٩ ص ٤٠٣٧، البحر المحيط وما بعدها ، الرسالة ص ٥٠٥ وما بعدها، الأم جـ٧ ص ٣٠٠وما بعدها، إرشاد الفحول ص ٢٤٠ وما بعدها.

يؤيد هذا ما ذكره ابن عبد الشكور[1] حيث قال: والحق أنه لا يتحقق استحسان مختلف فيه، فإن أريد مايعده العقل حسناً فلم يقل بثبوته أحد، وإن أريد ما أردناه نحن فهو حجة عند الكل فليس هو أمراً يصلح للنزاع[2]أهـ.

وقد صرح الغزالي بعد ما ذكر مفهوم المتأخرين من الحنفية للاستحسان بعدم الإنكار لهذا المفهوم ، وإنما أنكر تسميته استحساناً فقال: وهذا ما لا ينكر، وإنما يرجع الاستنكار إلى اللفظ، وتخصيص هذا النوع من الدليل بتسميته استحسانا من بين سائر الأدلة[3]. أهـ.

وقال الشيرازي : وإن كان الأمر على ما فسره أصحابه – أى أبو حنيفة- فإنه لا مخالفة في معناه، فإن ترك أضعف الدليلين لأقواهما واجب، وترك القياس بدليل أقوى منه واجب[4]. أهـ.

ويؤيد ما ذهبنا إليه ما جاء في الأم : قد كان ما خشي الشافعي أن يكون بل خرج الأمر في هذه العصور عن حده، فصرنا نرى كل من عرف شيئا من المعارف، زعم لنفسه، أنه يفتى في الدين والعلم، وأنه أعلم به من أهله، وخاصة من أشربوا في قلوبهم أو ربه وعقائدها،

---

(1) هو محب الله بن عبد الشكور البهاري الهندي، قاضي من الأعيان، ولى قضاء كلهنو ثم قضاء حيدر أباد الدكن ، ثم ولى صدارة ممالك الهند، لقب بفاضل خان من كتبه مسلم الثبوت في أصول الفقه، وسلم العلوم في المنطق، والجوهر الفرد (راجع الأعلام حـ٥ ص ٢٨٣)

(2) راجع فواتح الرحموت وشرحه حـ٢ ص ٣٢١

(3) راجع المستصفى حـ١ ص ٢٨٣

(4) راجع التبصرة للشيرازي ص ٤٩٤ ط دار الفكر.

يزعمون أن عقولهم تهديهم إلى إصلاح الدين، وإلى الحق في التشـــريع، وخرجوا عن الخبر، وعن القياس إلى الرأى والهوى، حتى لنكاد نخشـــى أن تخرج بلاد المسلمين عن الإسلام جملة، والعلماء ساهون لاهـــون، أو مستضعفون ، يخافون الناس، ويخافون كلمة الحق[1] أهـــ .

وبعد هذا العرض لأقوال الإمـــام الشـــافعي نـــرى أنـــه عمـــل بالاستحسان المبنى على الأدلة الشرعية وإن كان لا يسميه بهذا الاسم بل يطلق عليه القياس أو المصلحة.

---

(1) راجع الأم جـــ٧ ص ٣٠٠ وما بعدها.

المبحث الرابع

في

أنواع الاستحسان

تمهيد

إن المتتبع للفروع الفقهية – لدى مذاهب القائلين بالاستحسان – يجد أنهم يطلقون هذه التسمية على أنواع عديدة منها الاستحسان بالنص سواء كان النص من القرآن أو السنة ، أو بالأثر ، واستحسان بالإجماع، وبالضرورة، بالعرف، وبالمصلحة، وبالقياس الخفي وغير ذلك. نذكرها فيما يلي مع ذكر أمثلة لكل نوع [1].

([1]) يلاحظ هنا في الأمثلة التي سأذكرها لكل نوع لم أتعرض فيها لذكر خلاف الفقهاء لأن القصد هو التمثيل لا التفريع على الدليل المختلف فيه وسأذكر مبحث خاص بالمسائل المتفرعة على الخلاف في الاستحسان في نهاية هذا البحث.

النوع الأول

في

"الاستحسان بالنص أو بالأثر"

ومعناه: ورود نص من القرآن أو السنة ، أو الأثر في مسألة يتضمن حكما يخالف الحكم الكلي الثابت بنصوص الشرع، أو يخالف قاعدة عامة تثبت بنصوص أخرى، أو هو العدول عن حكم القياس في مسألة إلى حكم مخالف له ثبت بالكتاب، أو السنة، أو الأثر[1].

وعرف البرديسي[2] هذا النوع بقوله : الاستحسان الثابت بالنص هو الاستحسان الذي يتحقق في كل واقعة يرد فيها نص معين يعطي لهذه الواقعة حكما يخالف الحكم الكلى الذى يجب تطبيقه على هذه الواقعة بمقتضى الدليل العام أو القاعدة المقررة[3].

وهذا النوع من الاستحسان ، هو من حيث الشكل والاصطلاح استحسان كما أطلق عليه الحنفية ، ولكنه من حيث الحقيقة نص يتضمن استثناء من الشارع لحالة خاصة من قاعدة عامة في الشرع، فهو استحسان من الشارع، ولاستحسان الشارع أمثلة كثيرة ، وهو دليل من

---

(1) راجع الإحكام للآمدي جـ٤ ص ٢١١، كشف الأسرار مع نور الأنوار جـ٢ ص ٢٩٠

(2) هو محمد زكريا البرديسي أستاذ الشريعة بكلية الحقوق جامعة القاهرة (راجع أصول الفقه للبرديسي ص٤ ط دار التأليف — بالقاهرة)

(3) راجع أصول للبرديسي ص ٣٠٨

الشرع على أن الشارع الحكيم قدر للحالات الخاصة أحكاما مستثناه تـدل في مجملها على شرعية الاستحسان وإظهار حجيته.

ويقول الغزالى عن هذا النوع : وهذا مما لا ينكر وإنمـا يرجـع الاستنكار إلى اللفظ، وتخصيص هذا النوع من الدليل بتسمية استحسـانا من بين سائر الأدلة[1]، أهـ.

ولهذا النوع أمثلة كثيرة منها ما يلي :

١- أمثلة الاستحسا : من القرآن الكريم:

المثال الأول : الوصية :

فإنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت ، ومعلوم أن الإنسان إذا مـات لا يملك شيئا، وخرج المال من حوزته، وانتقل إلى ورثته، وعلى هذا فـإن القاعدة التى يجرى عليها القياس. إبطال الوصية لعدم الملك بعد المـوت لكنها استثنيت من القاعدة العامة استحسانا للنص الوارد بجوازها. وهـو قوله تعالى :﴿ **من بعد وصية يوصى بها أو دين** ﴾[2]. وقولـه ﷺ " إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم في آخر أعماركم"[3].

(1) راجع المستصفى جـ١ ص ٢٨٣

(2) سورة النساء من الآية ١١

(3) هذا الحديث أخرجه ابن ماجة في سننه من طريق أبي هريرة رضي الله عنه بلفظ " إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث أموالكم زيادة فى أعماركم " وقال في الزوائد في إسناده طلحة بن عمرو الخضرمي ضعفه غير واحـد، وروى من طريق معاذ بن جبل بلفظ " إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم زيادة في حياتكم ليجعلها لكـم زيادة في أعمالكم " وقال صاحب مجمع الزوائد عن هذا الحديث رواه الطبراني، وفيه عقبة بن حمد الضبي وثقه ابن=

وجاء في الهداية : الوصية غير واجبة، وهى مستحبة، والقياس يأبى جوازها، لأنها تمليك مضاف إلى حال زوال مالكيته، ولو أضيف إلى حال قيامها بأن قال : ملكتك غدا كان باطلا، فهذا أولى إلا أنا استحسناه لحاجة الناس إليها، فإن الإنسان مغرور بأمله مقصر في عمله، فإذا عرض له المرض- وخاف البيات - يحتاج إلى تلافي بعض ما فرط منه من التفريط بماله، على وجه لو مضى فيه يتحقق مقصده المآلي، ولو أنهضه البرء يصرفه إلى مطلبه الحالي وفي شرع الوصية ذلك ، فشرعناه . ثم قال: وقد نطق به الكتاب قال تعالى : ﴿من بعد وصية يوصى بها أو دين﴾[1].والسنة " إن الله تعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم في آخر أعماركم " [2]. وقال: عليه إجماع الأمة [3]. أهـ.

المثال الثاني : دية القتل الخطأ :

القياس العام يقضي بأن كل إنسان يضمن جناية نفسه لقوله تعالى:﴿ ولا تزر وازرة وزر أخرى﴾ [4]. ولكن استثنى الشارع حالة

=حبان وغيره، وضعفه أحمد (راجع سنن ابن ماجة جـ٢ ص ٩٠٤، حديث رقم ٢٧٠٩ كتاب الوصايا — باب الوصية بالثلث ، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد جـ٤ ص ٢١٥ الناشر — مؤسسة المعارف — بيروت — لبنان).

(١) سورة النساء من الآية ١١

(٢) سبق تخريجه .

(٣) راجع الهداية وشروحها جـ١٠ ص ٤١٣ وما بعدها ط البابي الحلبي وأولاده . - بمصر، كشف الأسرار على أصول البزدوي جـ٤ ص٥، كشف الأسرار مع نور الأنوار جـ٢ ص ٢٩٠وما بعدها، أصول السرخسي جـ٢ ص ٢٠٢، تيسير التحرير جـ٤ ص ٢٩٠ وما بعدها ، التوضيح جـ٢ ص ١٦٣، بدائع الصنائع جـ٧ ص ٣٣٠ ط دار الكتب العلمية- بيروت - لبنان

(٤) سورة فاطر من الآية ١٨

القتل الخطأ، وعدل عن القياس إلى إيجاب الدية على العاقلة قال تعالى : **﴿ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا﴾**[1].

وهذا استحسان تشريعي خولف فيه القياس رفقا بالجاني وتخفيفا عنه، وذلك لكثرة وقوع الخطأ من الجناة، ودية الآدمي كبيرة فاقتضت الحكمة إيجابها على العاقلة على سبيل المواساة للقاتل والإعانة له تخفيفا عنه لأنه معذور في فعله بسبب عدم قصده[2].

٣- أمثلة الاستحسان من السنة :

المثال الأول : السلم :

وهو ما يعرف بأنه بيع شئ موصوف في الذمة بثمن عاجل[3].

فهذا بيع لكنه لم يكن على قاعدة البيع المعهود . حيث إن من شروط صحة البيع أن يكون موجودا عند العقد، وهذا ليس بموجود عند العقد بل هو معدوم، ومقتضى النص الشرعي العام أن مثل هذا لا يجوز بيعه، لما روي أن رسول الله ﷺ قال لحكيم بن حزام[4]: " لا تبع ما ليس عندك"[1]. لكنه استثنى من ذلك استحسانا لورود النص الخاص الذي يدل

---

(1) سورة النساء من الآية ٩٢

(2) راجع الهداية وشروحها جـ١٠ ص ٢٧٠ وما بعدها.

(3) راجع مجمع الأنهر جـ٣ ص ٩٣، مغني المحتاج جـ٢ ص ١٠٢

(4) هو حكيم بن حزام بن خويلد بن أسد بن عبد العزى. صحابي قرشي ولد بمكة- وكان صديقا للنبي صلى الله عليه وسلم قبل البعثة وبعدها أسلم يوم الفتح، توفى سنة ٥٤هـ بالمدينة (راجع الأعلام جـ٢ ص ٢٦٩، شذرات الذهب جـ١ ص ٦٠).

لكنه استثنى من ذلك استحسانا لورود النص الخاص الذي يدل على جوازه، وهو ما روي أن النبي ﷺ قدم المدينة وهم يسلفون في الثمار السنة والسنتين فقال: " من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم"[٢]. وأقمنا الذمة التي هي محل المسلم فيه مقام ملك المعقود عليه في حكم جواز السلم[٣].

يقول السرخسي: فى أصوله عن هذا المثال والقياس يأبى جواز السلم باعتبار أن المعقود عليه معدوم عند العقد لكن تركناه للرخصة الثابتة بقوله ﷺ [٤]"ورخص فى السلم"[٥] .أ هـ.

وقال الكمال بن الهمام في فتح القدير بعد ذكره تعريف السلم وأدلة مشروعيتة : ولا يخفى أن جوازه على خلاف القياس، إذ هو بيع

([١]) هذا الحديث أخرجه الترمذي وأبو داود من نفس الطريق بنفس اللفظ (راجع سنن الترمذي جـ٣ ص ٥٢٥ كتاب البيوع — باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك حديث رقم ١٢٣٢، سنن أبي داود جـ٣ ص ٨٣ كتاب البيوع — باب الرجل يبيع ما ليس عنده حديث رقم ٣٥٠٣).

([٢]) هذا الحديث أخرجه البخاري في صحيحه من طريق ابن عباس بنفس اللفظ (راجع فتح الباري بشرح صحيح البخاري جـ٤ ص ٤٢٨ ومابعدها كتاب السلم — باب السلم في كيل معلوم حديث رقم ٢٢٣٩).

([٣]) راجع الهداية وشروحها جـ٧ ص ٧٠ وما بعدها.

([٤]) راجع أصول السرخسي جـ٢ ص ٢٠٣

([٥]) هذا اللفظ لم يرد في كتب الحديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقد جاء في مجمع الأنهر بأنه لم يستدل أنه صلى الله عليه وسلم قد ورد عنه لفظ ورخص في السلم يقول محمد بن العز الحنفي في هوامش الهداية هذا اللفظ هكذا لم يرد عن أحد من الصحابة في كتب الحديث، وكأنه من كلام واحد من الفقهاء، أما النهي عن بيع ما ليس عند الإنسان مع عدم ذكر الترخيص في السلم فهذا مروي عنه صلى الله عليه وسلم في حديث حكيم بن حزام السابق. (راجع مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر جـ٢ ص ٩٧ ط دار إحياء التراث العربي بيروت — لبنان).

المعدوم، وجب المصير إليه بالنص والإجماع للحاجة من كل من البائع والمشتري ، فإن المشتري يحتاج إلى الاسترباح لنفقة عياله، وهو بالسلم أسهل، إذ لابد من كون البيع نازلا عن القيمة فيربحه المشتري، والبائع قد يكون له حاجة في الحال إلى السلم وقدره في المال على المبيع بسهوله لتندفع به حاجته الحالية إلى قدرته المالية فلهذه المصالح شرع[1]أهـ.

المثال الثاني: الإجارة :

وهي عقد على المنافع بعوض، وهذه المنافع معدومة وقت العقد، والأصل في المعدوم عدم صحة تملكه، وعدم إضافة التمليك إليه، ولكن النص ورد بجوازها لحاجة الناس. فقال عليه الصلاة والسلام: " أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه[2]" فإن الحديث دل على جواز الإجارة من جهة أن الأمر بإعطاء الأجرة يفيد المشروعية، وهى ثابتة استحسانا، لأنه عدول عن البطلان إلى الصحة بدليل[3].

---

(1) راجع فتح القدير على الهداية جـ٧ ص ٧١ وما بعدها، ومثله في العناية على الهداية جـ٧ ص ٧١، بدائع الصنائع ص ٢٠١

(2) هذا الحديث أخرجه ابن ماجة في سننه من طريق ابن عمر بنفس اللفظ،وقال عنه في إسناده وهب بن سعيد وعبد الرحمن بن زيد ضعيفان ، وأخرجه البيهقي من طريق أبي هريرة بنفس اللفظ (راجع سنن ابن ماجة جـ٢ ص ٨١٧ كتاب الرهون- باب أجر الأجراء حديث رقم ٢٤٢٣، والسنن الكبرى للبيهقي جـ٦ ص ١٢١ كتاب الإجارات — باب إثم من منع الأجير أجره).

(3) راجع بدائع الصنائع جـ٤ ص ١٧٣ وما بعدها، أحكام القرآن الكريم لابن العربي جـ٣ ص ١٤٧٣، بداية المجتهد جـ٢ ص ٢٢٠ وما بعدها، المجموع جـ١٥ ص ٥.

جاء في الهداية: الإجارة في اللغة . بيع المنافع، والقياس يأبى جوازها لأن المعقود عليه- المنفعة – وهي معدومة، وإضافة التمليك إلى ما سيوجد لا يصح، إلا أنا جوزناه لحاجة الناس إليه، وقد شهدت بصحتها الآثار منها – قوله ﷺ " أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه[١] " وقوله ﷺ " من استأجر أجيرا فليعلمه أجره[٢] " أهـ .

وقال صاحب العناية[٣] – لم يقتض القياس جوازها. إلا أنها جوزت على خلاف القياس بالأثر لحاجة الناس فكان استحسانا بالأثر[٤]. أهـ.

وقال السرخسي : وكذلك جواز عقد الإجارة فإنه ثبت على خلاف القياس. لحاجة الناس إلى ذلك، فإن العقد على المنافع بعد وجودها لا

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) هذا الحديث أخرجه البيهقي من طريقة أبي هريرة من حديث مطول وفيه " من استأجر أجيرا فليعلمه أجره " ، أخرجه الشوكاني من طريق أبي سعيد الخدري بنفس اللفظ (راجع السنن الكبرى جـ٦ ص ١٢٠ كتاب الإجارة باب لا يجوز الإجارة حتى تكون معلومة وتكون الأجرة معلومة ، نيل الأوطار جـ٥ ص ٣٢٩ باب النهي أن يكون النفع والأجر مجهولا).

(٣) هو أكمل الدين محمد بن شمس الدين محمد بن أحمد الرومي البابرتي الحنفي ولد سنة بضع عشرة وسبعمائة، وكان حسن المعرفة بالفقه والأصول، صنف مشارق الأنوار، وشرح البزدوي، والهداية وغير ذلك توفي سنة ٧٨٦هـ ودفن بمصر (راجع الفوائد البهية ص ١٤١ وما بعدها ط دار المعرفة للطباعة والنشر- بيروت — لبنان).

(٤) راجع الهداية وشرح العناية جـ٩ ص ٥٨ وما بعدها.

يتحقق لأنها لا تبقى زمانيين فلا بد من إقامة العين المنتفع بها مقام المنفعة في حكم جواز العقد لحاجة الناس إلى ذلك[1] أهـ .

المثال الثالث : الحكم بصحة صوم من أكل أو شرب ناسيا في نهار رمضان .

فإن مقتضى القاعدة العامة التي يجري عليها القياس- هو فساد صوم من أكل أو شرب ناسيا- لأن الإمساك عن المفطرات ركن الصوم، والذي لا يصح بدونه، وقد فات هذا الركن بالأكل أو الشرب ناسيا ، والشئ لا يبقى مع فوات ركنه، إلا أن صحة الصوم في هذه الصورة قد استثنيت للأثر الوارد فيها. وهو أن النبي ﷺ قال : " من نسي وهو صائم فأكل أو شرب فليتم صومه فإنما أطعمه الله وسقاه"[2]. فقد عدل عن القول بفساد الصوم هنا والحكم ببقائه استحسانا بالنص[3].

يقول السرخسي : فأما تركه بالنص فهو ما أشار إليه أبو حنيفة – رحمه الله – في أكل الناسي للصوم . لولا قول الناس لقلت يقضى – يعني به- رواية الأثر عن رسول الله ﷺ ، وهو نص يجب العمل به بعد ثبوته ، واعتقاد البطلان في كل قياس يخالفه[4] أهـ.

---

(1) راجع أصول السرخسي جـ٢ ص ٢٠٣

(2) هذا الحديث أخرجه البخاري من طريق أبي هريرة بنفس اللفظ (راجع فتح الباري بشرح صحيح البخارى جـ٤ ص ١٥٥ باب رقم ٢٦ حديث ١٩٣٣- كتاب الصوم — باب الصائم إذا أكل أو شرب ناسيا).

(3) راجع الهداية وشرح العناية جـ٢ ص ٣٢٧- باب ما يوجب القضاء والكفارة.

(4) راجع أصول السرخسي جـ٢ ص ٢٠٢، كشف الأسرار على أصول البزدوي جـ٤ ص ٥

المثال الرابع: قاطع الطريق إذا أخذ المال فقط ثم تركه تائبا.

فإن القاعدة التي يبنى عليها القياس، إجراء الحد عليه، ولا يسقط عنه لارتكابه ما يوجب ذلك، وقد قالوا إذا وجد السبب وجد المسبب، لكن يسقط الحد عنه استحسانا لأنه تاب قبل أن يقدر عليه ويكون فيه تشجيع للذين يعصمون ثم يتوبون قبل القدرة [1]عليهم قال تعالى : ﴿**إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم**﴾ [2].

المثال الخامس: خيار الشرط:

فإن البائع إذا أمضى العقد فإنه ينفذ ولا يصح له الرجوع في بيعه، وعلى هذا فإنه إذا اشترط أحد المتبايعين الخيار، فإن القاعدة التي يجري عليها القياس، هو بطلان هذا الشرط لما يترتب على إمضاء العقد من نقل الملكية إذ أن الخيار يمنع هذا النقل، وبذا يكون الخيار منافيا لمقتضى العقد، والقاعدة تقرر أن كل ما يخالف مقتضى العقد لا يجوز، وخيار الشرط لا يجوز تبعا لهذه القاعدة، لكنه عدل عنه إلى الجواز

---

(1) راجع فتح القدير على الهداية جـ٥ ص ٤٢٨ وما بعدها.

(2) سورة المائدة الآية ٣٤

استحسانا[١]. نظرا لقوله ﷺ لحبان بن منقذ[٢] – وكان يخدع في البيـوع " إذا ابتعت فقل لا خلابة ولى الخيار ثلاثة أيام "[٣].

٣- أمثلة للاستحسان بالأثر:

المثال الأول: السرقة:

وهى أخذ مال الغير على سبيل الخفية.نصابا محرزا مـن غـير تأويل ولا شبهة[٤]:فإذا تحققت بشروطها فإن الواجب فيها القطع مطلقـا لعموم قوله تعالى:﴿ **والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله والله عزيز حكيم**﴾[٥].لكنه عدل عن القطع استحسانا،وذلـك في عام المجاعة كما فعل عمر بن الخطـاب﷛حتـى لا يجتمـع علـى السارقين ضرران.ضرر الجوع،وضرر القطع للسرقة،وتخصيصا لـهذا العام بفعل الصحابى[٦].

---

(١) راجع الهداية مع شرح فتح القدير جـ٦ ص ٢٩٨ وما بعدها.

(٢) هو حبان بن واسع بن حبان بن منقذ بن عمرو الأنصاري المازني المدني بن عمر بن يحيى ، روي عن أبيه وخـلاد السائب وعنه عمرو بن الحارث، وأخرجوا له حديثا واحدا في الوضوء. (راجع تهذيب التهذيب جـ٢ ص ١٧٠ وما بعدها).

(٣) هذا الحديث أخرجه الدارقطني في سننه من طريق حبان بن مقد بنفس اللفظ (راجع سنن الدارقطني جـ٣ ص ٥٦ حديث رقم ٢٢٠ كتاب البيوع ط دار المحاسن للطباعة والنشر — بالقاهرة).

(٤) راجع شرح العناية على الهداية جـ٥ ص ٣٥٤

(٥) سورة المائدة الآية ٣٨

(٦) راجع المهذب جـ٢ ص ٢٨٢

المثال الثاني: عدم قطع من قطعت يده ورجله:

إن السارق إذا سرق أول مرة تقطع يمينه من الزند فإذا سرق ثانيا قطعت رجله اليسرى، فإذا سرق ثالثا لم يقطع ويخلد في السجن حتى يتوب.وهذا استحسان،ووجه قول على[1] ﷺ " **إني لأستحي من الله تعالى أن لا أدع له يدا يأكل بها، ويستنجي بها، ورجلا يمشي عليها**" [2].

وقد ذكر علماء الأصول هذا المثال تحت الاستحسان بالإجماع، والواقع أنه ترك للقياس لقول الصحابي.لأن كتب الأصول لم تذكر في هذا النوع وهو الاستحسان بالنص، الاستحسان بالأثر،إلا ما ذكره الشاطبي عن ابن العربي حيث يقول:ويستحسن أبو حنيفة أن يخص بقول الواحد من الصحابة الوارد بخلاف القياس[3].

واعتبر كثير من العلماء القدامى والمحدثين الاستحسان بقول الصحابي من قبيل ما استحسن بالأثر وليس من قبيل ما استحسن بالإجماع،لأن ورود الأثر على خلاف القياس يجعله في حكم المرفوع إلى النبي ﷺ .

---

(1) هو على بن أبي طالب بن عبد المطلب بن عم رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ويكنى بأبي الحسن ، صهر رسول الله صلى الله عليه وسلم، أول من أسلم من الصبيان تولى الخلافة سنة ٣٥هـ توفي من إصابة ، وغسله الحسن والحسين ودفن بالكوفة (راجع الفتح المبين جـ١ ص ٥٧، العبر جـ١ ص ٣ ، الأعلام جـ٤ ص ٢٩٥).

(2) هذا الأثر أخرجه البيهقي من طريق عبد الله بن سلمة بنفس اللفظ (راجع السنن الكبرى للبيهقى جـ٨ ص ٢٧٥ كتاب السرقة باب السارق يعود فيسرق).

(3) راجع الهداية مع فتح القدير جـد ص ٣٩٥ وما بعدها ، الموافقات جـ٤ص٢٠٩،الإبهاج جـ٣ص ٢٠٤،البحر المحيط جـ٨ ص ١٠٨

ومثاله: أن الإمام أو الحاكم إذا رأى رجلا قد سرق أو زنى أو شرب خمرا فلا ينبغي أن يقيم عليه الحد برؤيته ذلك حتى يقوم به عنده بينة ، وهذا استحسان.

وقال أبو يوسف [١] : له ذلك، معللا قوله:لما بلغنا في ذلك من الأثر وهو ما روي أن أبا بكر[٢] ﷺ قال : " لو رأيت رجلا على حد من حدود الله ما أخذته ولا دعوت له أحدا حتى يكون معي غيرى" [٣]. أهـ.

المثال الثالث: الطلاق الثلاث بلفظ واحد

أوقع سيدنا عمر ﷺ الطلاق الثلاث بلفظ واحد ثلاثا، وخالف بذلك ما جرى عليه العمل في عهد الرسول ﷺ ، وعهد أبي بكر ، وصدر من عهده هو أيضا، ذلك لأنه رأى في هذا وسيلة لمنع المسلمين

---

(١) هو يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الأنصاري الكوفي البغدادي صاحب أبي حنيفة وتلميذه ، وهو أول من نشر مذهب الحنفية ولد بالكوفة سنة ١١٣هـ (راجع الفتح المبين جـ١ص ١٠٨ ،شذرات الذهب جـ١ص٢٩٨، العبر جـ١ص ٢١٩).

(٢) هو عبد الله بن أبي قحافة يلتقي هو ورسول الله صلى الله عليه وسلم عند مرة بن كعب كان اسمه في الجاهلية عبد الكعبة فسماه رسول الله صلى الله عليه وسلم عبد الله بويع بالخلافة يوم الاثنين الذي توفي فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم ،توفى رضى الله عنه سنة ١٣ هـ (راجع شذرات الذهب جـ١ص٣٣وما بعدها، العبر جـ١ص١٣)

(٣) هذا الأثر أخرجه البيهقي من طريق الزهرى عن أبي بكر الصديق بنفس اللفظ (راجع السنن الكبرى للبيهقي جـ١٠ ص ١٤٤- كتاب الشهادة — باب من قال ليس للقاضي أن يعمل)

من الحلف بالطلاق الثلاث بعد أن تتابعوا فيه[1]، وللاستحسان بالأثر أمثله كثيرة ولكن اكتفينا بهذا القدر

([1]) راجع هذا النوع من الاستحسان وهو الاستحسان بالنص وأمثلته في المراجع السابقة التي ذكرتها في كل مثال، كشف الأسرار على أصول البزدوي جـ٤ ص ٥ وما بعدها، كشف الأسرار مع نور الأنوار جـ٢ ص ٢٩٠ وما بعدها، أصول السرخسي جـ٢ ص ٢٠٢ وما بعدها، و شرح المنار وحواشيه ص ٨١٢ وما بعدها ، الإحكام للآمدي جـ٤ ص ٢١١، تيسير التحرير جـ٤ ص ٧٨ وما بعدها، المستصفى جـ١ ص ٢٨٣ ، التوضيح جـ٢ ص ١٦٣، المبسوط جـ٩ ص ٢٠٤ ط دار المعرفة، بداية المجتهد جـ٢ ص ٨٢، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي جـ٣ ص ١٣٠، الاعتصام جـ٢ ص ١١٨، أصول الفقه للإمام محمد أبو زهرة ص ٢٤٩ وما بعدها، شرح المنار وحواشيه ص ٨١٢ وما بعدها، الإحكام للآمدي جـ٤ ص ٢١١ ، أصول الفقه للبرديسي ص ٣٠٨ وما بعدها، أصول الفقه الإسلامي للدكتور / بدران أبو العينين بدران ص ١٩٩ وما بعدها، الأدلة المختلف فيها للدكتور / عبد الحميد أبو المكارم ص ٢٦٦ وما بعدها، بحوث في الأدلة المختلف فيها للدكتور/ محمد السعيد على عبد ربه ص ٦٨ وما بعدها.

النوع الثاني
الاستحسان بالإجماع

وهو أن يترك موجب القياس في مسألة لانعقاد الإجماع على حكم آخر غير ما يؤدي إليه القياس، ويكون ذلك بإفتاء جميع المجتهدين في حادثة على خلاف القياس في أمثالها، أو على خلاف مقتضى الدليل العام، كما يكون بسكوت المجتهدين وعدم إنكارهم على ما تعامل الناس به أو مخالفا للأصول العامة والقواعد المقررة. ولهذا النوع من الاستحسان أمثلة كثيرة نذكر منها ما يلي :

المثال الأول: عقد الاستصناع:

وهو أن يتفق شخص مع آخر على أن يصنع له ثوبا نظير مبلغ معين من المال مع بيان صفته ومقداره، ولايذكر له أجلا .

فالقياس: يقتضي عدم جواز هذا العقد. لأن الشئ المطلوب صنعه معدوم وقت العقد، والعقد على المعدوم لا يجوز، لكن ترك القياس الذي يقتضى عدم الجواز ، وقيل: بالجواز استحسانا بالإجماع لتعامل الناس من زمن النبي ﷺ إلى يومنا هذا من غير إنكار[1].

([1]) راجع الهداية مع تكملة فتح القدير جـ٩ ص ١٠٤، بدائع الصنائع جـ٥ ص ٢ وما بعدها، التلويح جـ٢ ص ١٦٣ وما بعدها، مسلم الثبوت جـ٢ ص ٢٧٩، كشف الأسرار مع نور الأنوار جـ٢ص ٢٩١ وما بعدها، تيسير التحرير جـ٤ ص ٧٨، التقرير والتحبير جـ٣ ص ٢٢٢، الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور / وهبة الزحيلي جـ٤ ص ٦٣٢، أصول الفقه لأبى زهرة ص ٢٤٩.

يقول عبد العزيز البخاري: ومن الاستحسان ما ثبت بالإجماع مثل الاستصناع يعنى فيما فيه للناس تعامل . مثل أن يأمر إنسانا ليخرز له خفا مثلا بكذا، ويبين صفته ومقداره، ولا يذكر له أجلا، ويسلم له الدراهم، أولايسلم . فإنه يجوز والقياس يقتضي عدم جوازه لأنه بيع معدوم للحال حقيقة ، وهو معدوم وصفا في الذمة ، ولا يجوز بيع شئ إلا بعد تعيينه حقيقة- أى ثبوته في الذمة - كالسلم- فأما مع العدم من كل وجه فلا يتصور عقد، ولكنهم استحسنوا تركه بالإجماع الثابت بتعامل الأمة من غير نكير، لأن بالإجماع يتعين جهة الخطأ في القياس، كما يتعين بالنص فيكون واجب الترك، وقصروا الأمر على ما فيه تعامل لأنه معدول به عن القياس.

فإن قيل : الإجماع وقع معارضا للنص وهو قوله ﷺ "لاتبع ما ليس عندك"[1]. قلنا قد صار النص في حق هذا الحكم مخصوصا بالإجماع فبقي القياس النافي للجواز معارضا للإجماع فسقط اعتباره بمعارضة الإجماع[2]أهـ.

---

(1) سبق تخريجه.

(2) راجع كشف الأسرار على أصول البزدوي جـ٤ ص ٥ وما بعدها، وجاء مثله في شرح المنار وحواشيه ص ٨١٣، أصول السرخسي جـ٢ ص ٢٠٣؛ أصول الفقه للشيخ أبي زهرة ص ٢٤٩

المثال الثاني: الاستحمام في الحمامات المعدة لاستئجارها:

لهذا الغرض من غير تقدير للأجرة ، أو الماء المستعمل، أو مدة المكث فيه، فإن القياس يقضي بعدم جواز ذلك للجهالة الحاصلة من عدم تقدير الماء والأجرة، والمدة التى يمكثها. لأن الناس يتفاوتون فيما يستهلكون من الماء، كما يتفاوتون في المدة التي يمكثونها، والجهالة في هذه الأمور تفسد العقد، ولكن جاز استحسانا لجريان العرف بذلك في كل زمان ومكان ، ولم يحدث إنكار من المجمعين في أى عصر من العصور من عهد النبي ﷺ إلى يومنا هذا على دخول الحمام بهذه الصفة لأن فيه دفعا للضرر والمشقة[1].

قال صاحب العناية : ويجوز أخذ أجرة الحمام لجريان العرف بذلك، والقياس عدم الجواز للجهالة، ولكنه ترك لإجماع المسلمين[2].أهـ.

المثال الثالث : طلاق الزوجة باختيارها لنفسها:

وذلك كأن يقول الرجل لزوجته اختاري أحد أمرين إما نفسك ، وإما أنا فتقول أختار نفسي . حينئذ فإنها تكون بائنة بواحدة أى بينونة صغرى استحسانا .

---

(1) راجع الهداية مع تكملة فتح القدير جـ٩ ص ٩٦، الإحكام للآمدى جـ٤ ص ٢١٠، نفائس الأصول في شرح المحصول جـ٩ ص ٤٠٣٧، البينات جـ٤ ص ٢٦٥

(2) راجع العناية على الهداية جـ٩ ص ٩٧

والقياس أن لا يقع شئ من الطلاق وإن نواه الزوج، لأنه لا يملك إيقاع الطلاق بهذا اللفظ، لأنه ليس من ألفاظ الطلاق لغة، فلا يملك التفويض إلى غيره، إلا أن الأحناف استحسنوه لإجماع الصحابة رضوان الله عليهم على أن المخيرة إذا اختارت نفسها في مجلسها وقع الطلاق ، وكذا أيضا شبهوا هذا الخيار بالخيارات الطارئة على النكاح، وهو خيار المعتقة، وامرأة العنيين، وتقع الفرقة بذلك الخيار، فتقع في مثالنا بهذا اللفظ[1].

(1) راجع العناية على الهداية جـ٤ ص ٨٨ وما بعدها، بدائع الصنائع حـ٣ ص ١١٨

النوع الثالث

استحسان بالضرورة والحاجة

وهو أن توجد ضرورة تحمل المجتهد على ترك القياس، والأخذ بمقتضى الضرورة لرفع حرج يغلب على الظن وقوعه أو يتحقق، أو لرفع غلو القياس، ذلك أن المسائل التي يقاس بعضها على بعض تختلف نتائجها عسرا ويسرا عدلا وجورا لما يحف بها من ظروف. وهذا المعنى أشار إليه الإمام السرخسي في المبسوط حيث قال : الاستحسان ترك القياس إلى ما هو أرفق بالناس[1]. ولهذا النوع من الاستحسان أمثلة عديدة نذكر منها ما يلي:

المثال الأول: طهارة الآبار والأحواض التي وقعت فيها نجاسة استحسانا.

فإن القياس الظاهر يقضي بعدم طهارتها بعد تنجسها وهو بقاء شئ من النجاسة فيها، لأن خروج بعض الماء النجس من الحوض والبئر لا يؤثر في طهارة الباقي، ولو أخرج الكل فما ينبع من أسفل، أو ينزل من أعلى يلاقي نجسا من طين، أو حجرا وغيرها فينجس بملاقاته. ولا يمكن صب الماء على البئر والحوض ليتأتي التطهير لأن الدلو والماء الطاهرين يتنجسان بملاقاة ماء البئر والآنية المتنجسين، لكنهم تركوا العمل بموجب هذا القياس للضرورة فإن لها أثرا في سقوط الخطاب، لأن

---

(1) راجع المبسوط جـ١٠ ص ١٤٥ ط دار المعرفة بيروت — لبنان

فيه حرجا، والحرج مدفوع بالنص قال تعالى: **﴿وما جعل عليكم في الدين من حرج﴾** [1]. وبالتالى يحكم بطهارة مياه الآبار والحياض والأواني التي وقعت فيها نجاسة إذا نزح قدر ما فيها من الماء، وذلك بأن يقاس عمق البئر وعرضها وتحفر حفرة مماثلة في المساحة ويخرج منها الماء المتنجس، وتصير طاهرة استحسانا لا قياسا[2].

يقول صاحب الهداية: ومسائل الآبار مبينة على اتباع الآثار دون القياس ثم قال: إن وقعت فيها بعرة، أو بعرتان من بعر الإبل والغنم لم تفسد الماء استحسانا، والقياس أن تفسده لوقوع النجاسة في الماء القليل. أهـ.

<u>ووجه الاستحسان</u>: أن آبار الفلوات ليس لها رءوس حاجزة، والمواشي تبعر حولها فتلقيها الريح فيها، فجعل القليل عفوا للضرورة، ولا ضرورة في الكثير، وهو ما يستكثره الناظر إليه، وكذلك الشاة تبعر في المحلب بعرة أو بعرتين ترمي البعرة، ويشرب اللبن لمكان الضرورة[3].أهـ

ويقول السرخسي : وأما ترك القياس لأجل الضرورة فنحو الحكم بطهارة الآبار والحياض بعدما تنجست ، والحكم بطهارة الثوب النجس إذا غسل في الإجانات. فإن القياس يأبى جوازه لأن ما يرد عليه النجاسة

---

(1) سورة الحج من الآية ٧٨

(2) راجع كشف الأسرار للبخارى جـ٤ ص ٦، شرح المنار وحواشيه ص ٨١٣، التقرير والتحبير جـ٣ ص ٢٢٢، تيسير التحرير جـ٤ ص ٧٨، كشف الأسرار للنسفي جـ٢ ص ١٩١

(3) راجع الهداية مع فتح القدير جـ١ ص ٩٨ وما بعدها.

يتنجس بملاقاته ، وتركناه للضرورة المحوجة إلى ذلك لعامة الناس، فإن الحرج مدفوع بالنص، وفي موضع الضرورة يتحقق معنى الحرج لو أخذ فيه بالقياس فكان متروكا بالنص[1]. أهـ.

واعترض صاحب التقرير على كون هذا المثال من الاستحسان بالضرورة فقال : والحق أن تطهير الآبار لا يعد مطلقا من هذا القبيل، إذ لا يخفي أن ما وجب فيها نزح البعض فهو من الاستحسان بالأثر ، لا من الاستحسان بالضرورة[2]. أهـ

المثال الثاني: عدم الفطر في الصوم بما يصعب الاحتراز عنه.

فإن القياس يقضى بأن كل ما دخل في جوف الصائم فإنه يبطل صومه ويفطره، ولكنه حكم بصحة صوم من دخل التراب، أو الدخان، أو غبار الدقيق إلى حلقه، وكذا لو دخلت ذبابة إلى حلقة، وهو ذاكر لصومه فإنه لا يفطر استحسانا ، لأن هذه الأشياء لا يمكن الاحتراز عنها[3].

المثال الثالث: قبول الشهادة بالتسامع:

فإن القياس يقضى بأنه لا يجوز للإنسان أن يشهد إلا بما يرى، لكنه جوز الشهادة بالتسامع، أو بالسماع في النسب، وفي النكاح والدخول فيه، وإن لم يعاين الشهود ذلك، لأنها مسائل تتقادم بتقادم الزمن، ولو

---

(1) راجع أصول السرخسي جـ٢ ص ٢٠٣

(2) راجع التقرير والتحبير جـ٣ ص ٢٢٢

(3) راجع الهداية مع شرح فتح القدير جـ٢ ص ٣٣٢

قلنا: بأن الشهادة لابد فيها من الرؤية لترتب على ذلك ضرر كبير، ومشقة شديدة . فقد لا يحضر الولادة إلا امرأة ، وحينئذ فإنه يتعسر على الرجل أن يشاهد ولادة المرأة، وقد يموت المعاين للنكاح، ولو كلف الناس بإحضار من مات، وهو الرائى فإن في ذلك أيضا مشقة شديدة، وبذا جوز الشهادة بالسماع استحسانا[1].

وفي هذا المعنى يقول صاحب الهداية : ولا يجوز للشاهد أن يشهد بشئ لم يعاينه، إلا في النسب والموت والنكاح والدخول فيه، وولاية القاضي، فإنه يسعه أن يشهد بهذه الأشياء إذا أخبره بها من يثق به وهذا استحسان

والقياس أن لا تجوز، لأن الشهادة مشتقة من المشاهدة، وذلك يتحقق بالعلم، ولم يحصل فصار كالبيع أى لا يجوز للشاهد أن يشهد بالسماع بل لابد من المشاهدة.أهـ.

وجه الاستحسان: أن هذه الأمور تختص بمعاينة أسبابها خاص من الناس، ويتعلق بها أحكام تبقى على انقضاء القرون ، فلو لم تقبل فيها الشهادة بالتسامع أدى إلى الحرج، وتعطيل الأحكام بخلاف البيع ، لأنه يسمعه كل أحد، ولهذا كان لابد فيه من المشاهدة والمعاينة[2]

---

(1) راجع حاشية الدسوقي على الشرح الكبير جـ٤ ص ١٩٨، مغني المحتاج جـ٤ ص ٤٤٨، الفقه الإسلامي للدكتور الإسلامي زكي الدين شعبان ص ١٦٢ ط المجلس الأعلى للشئون الإسلامية.

(2) راجع الهداية مع شرح فتح القدير جـ٧ ص ٣٨٨ وما بعدها.

المثال الرابع: ذكره الشاطبي:

وهو ترك مقتضى الدليل في اليسير لتفاهتــــه ونزارتــه، لرفـــع المشقة، وإيثار التوسعة على الخلق، وذلك كإجازتهم التفاضل اليسير فـــي المراطلة الكثيرة، وكإجازة بيع وصرف في اليسير إذا كان أحدهما تابعــا للآخر[1].

المثال الخامس: شهادة غير المسلم تقبل على المسلم.

من القواعد المقررة – أن شهادة غير المسلم لا تقبل على المســلم لقوله تعالى: **﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا﴾**[2]. ولكــن الضرورة اقتضت أن تعدل عن هذه القاعدة، وتقبل شهادة غــير المســلم على المسلم استحسانا.

كما لو ادعى مسلم وصية ذمي له بما عند مسلم آخر عليــه ديــن للذمي فأقر من عليه الدين بالدين، ولكنه أنكر الوصية، وموت الموصــى. حينئذ تقبل شهادة رجلين من الذميين بالموت والوصية، مع أن القيــاس لا تقبل شهادتهما لعدم عدالتهما، ولكنها قبلت استحســانا، لأن الوصيــة لا تكون إلا عند الموت، وموت الذمي لا يحضره المسلمون غالبا، فلو لــم تقبل شهادة الذميين لضاعت الحقوق فقبلت شهادتهما استحسانا[3].

---

(1) راجع الموافقات جـ٤ ص ٢٠٨، الاعتصام جـ٢ ص ١٤٢

(2) سورة النساء من الآية ١٤١

(3) راجع العناية على الهداية جـ٧ ص ٤١٧ وما بعدها.

المثال السادس : عدم بطلان المساقاة بموت رب الأرض إذا كان الخارج بسرا .

فالقياس العام يقضى بأن تبطل المساقاة بالموت لأنها في معنى الإجارة ، فإن مات رب الأرض – والخارج بسر[1]– للعامل أن يقوم عليه ، كما كان يقوم قبل ذلك إلى أن يدرك الثمر– وإن كره ذلك ورثه رب الأرض– استحسانا ، فيبقى العقد دفعا للضرر عنه، ولا ضرر فيه على الآخر[2].

---

(1) البسر : ثمر النخيل قبل أن يصير رطبا . (راجع المصباح المنير جـ١ ص ٤٨)

(2) راجع الهداية مع شرح تكملة فتح القدير جـ٩ ص ١٨١

النوع الرابع
استحسان العرف والعادة

وهو العدول عن مقتضى القياس إلى حكم آخر يخالفه، لجريان العرف بذلك ، أو بما اعتاده الناس.

وهو يتحقق في كل تصرف تعارف عليه الناس واعتادوه. إذا كان هذا التصرف يخالف قياسا ، أو قاعدة من القواعد المقررة .

يقول السيوطي : اعلم أن اعتبار العادة والعرف رجع إليه في الفقه في مسائل لا تعد كثرة ، فمن ذلك سن الحيض، والبلوغ ، والأفعال المنافية للصلاة، والنجاسات المعفو عن قليلها وغيرها[1]أهـ .

ويقول الشاطبى – نقلا عن ابن العربي – الاستحسان ترك مقتضى الدليل على طريق الاستثناء والترخص، لمعارضة ما يعارض به في بعض مقتضياته، ثم جعله أقساما. فمنه ترك الدليل للعرف، كرد الأيمان إلى العرف[2]أهـ.

والأمثلة لهذا النوع من الاستحسان كثيرة نذكر منها مايلى:

المثال الأول : حلف لا يأكل لحما . لم يحنث بالسمك

لو حلف الرجل لا يأكل لحما، فأكل سمكا، فإن القياس يقضي أن يحنث الحالف لأن الله سبحانه وتعالى قد سمى السمك لحما في قوله

---

(1) راجع الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٩٩ ط دار إحياء الكتب العربية . عيسى الباقي الحلبي وشركاه.

(2) راجع الموافقات جـ٤ ص ٢٠٨ .

تعالى : ﴿ وما يستوى البحران هذا عذب فرات سائغ شرابه وهذا ملح أجاج ومن كل تأكلون لحما طريا ﴾ [1]. لكن ترك هذا القياس الذي يقضى بالحنث، وقلنا بعدم الحنث استحسانا لجريان العرف العام على أن السمك ليس بلحم، وإن سماه الله تعالى لحما[2].

المثال الثاني: حلف لا يدخل بيتا ثم دخل مسجدا.

لو حلف رجلا على أن لا يدخل بيتا فدخل مسجدا. فإن القياس والقواعد العامة تقرر أن الحالف هنا يحنث لأن المساجد قد سماها الله تعالى بيوتا فقال تعالى :﴿ فى بيوت أذن الله أن ترفع ويذكر فيها اسمه يسبح له فيها بالغدو والآصال﴾[3].

لكن ترك هذا القياس، ولا يحنث الحالف هنا استحسانا لجريان العرف العام على أنه لا يطلق على المساجد بيوتا[4].

المثال الثالث: استئجار المرضعة بطعامها وكسوتها.

فإن استئجار المرضعة بأجرة معلومة جائز باتفاق، ويجوز بطعامها وكسوتها- استحسانا – عند أبى حنيفة- رحمه الله تعالى .

---

(1) سورة فاطر من الآية ١٢

(2) راجع الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٠٢، الهداية وشروحها جـ٥ ص ١٢١، أصول الفقه للبرديسي ص ٣١٦

(3) سورة النور الآية ٣٦

(4) راجع فتح القدير على الهداية جـ٥ ص ٩٦، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٠٤، أصول الفقه للبرديسي ص ٣١٦.

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لايجـوز لأن الأجـرة مجهولة فصار كما إذا استأجرها للخبز والطبخ،فإنه لايجوز إلابأجر معلوم

ووجه استحسان أبو حنيفة:أن العادة جارية بالتوسعة على المراضـع شفقةعلى الأولاد وبذلك تكون الجهالة معدومة لتعـارف النـاس علـى ذلك[1].

المثال الرابع: جواز وقف المنقول استقلالا عن العقار

وقف المنقول فإنه لم يرد نص يفيد جواز وقفه، لأن الأصل فـي الوقف أن يكون مؤبدا، فبمقتضى هذا الأصل لا يجوز وقـف المنقـول المستقل عن العقار لأنه يتسارع إليه الفساد ، ولا يقبل التأبيد، ولكن جـاز وقف المنقول استحسانا لتعامل الناس به، وإن كان في القياس لا يجوز.

فقد نقل عن محمد بن الحسن الشيباني[2] أنه أجاز وقف ما جـرى به العرف من المنقولات المستقلة كالكتب ونحوها بطريـق الاستحسـان لأن الناس تعارفوه[3]. أهـ.

---

(1) راجع الهداية وشروحها جـ٩ ص ١٠٤ وما بعدها.

(2) هو محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني. أبو عبد الله إمام بالفقه والأصول، وهو الذي نشر علم أبي حنيفة، له كتـب كثيرة في الفقه والأصول منها المبسوط والزيادات، والجامع الكبير والصغير والآثار والسـير والموطـأ والأمـالي والمخارج في الحيل وغيرها توفي سنة ١٨٩هـ (راجع الأعلام جـ٦ ص ٨٠، الفتح المبين جـ٢ ص ٨٠).

(3) راجع شرح فتح القدير جـ٦ ص ٢١٦

المثال الخامس : ما يعتبر ردا في العارية .

إذا استعار إنسان دابة من آخر فردها المستعير إلى اصطبل مالكها، فهلكت لم يضمن استحسانا ، وفي القياس أنه يضمن لأنه لم يردها إلى مالكها، وإنما ضيعها.

وجه الاستحسان: أنه أتى بالتسليم المتعارف عليه عرفا وعادة، لأن رد العوارى إلى دار الملاك أمر معتاد كآلة البيت، ولو ردها المستعير إلى المالك، فإنه سيردها إلى المربط[1].

المثال السادس : إذا استأجر الرجل جملا ليحمل عليه محملا وراكبين إلى بلد كذا:

جاز استحسانا، وإن كان المحمل مجهولا ، ومثل هذا يفسد الإجارة لجهالته، ولكن العرف قضى على ذلك، فيصرف إلى المتعارف، فانتفت الجهالة المؤدية إلى النزاع [2].

المثال السابع : حلف لا يصلي. فمقتضى القياس أن يحنث

بمجرد الافتتاح، كما في الصوم حيث يحنث بمجرد الشروع،ولكنه لا يحنث إلا بركعة تامة الأركان، لأن الصلاة في عرف الشارع عبارة عن هذه الأركان ، فما لم يأت بجميع الأركان لا يسمى فعله صلاة،

---

(1) راجع تكملة فتح القدير على الهداية جـ٩ ص ١٧.

(2) راجع تكملة فتح القدير جـ٩ ص ١٥١

بخلاف الصوم فإنه ركن واحد وهو الإمساك، فيتكرر في الجزء الثاني[1].

النوع الخامس
الاستحسان بالمصلحة

وهو أن يكون للمسالة حكم بمقتضى النص العام، أو القاعدة المقررة، ووجدت مصلحة تقتضي استثناءها من هذا الحكم وإعطاءها حكما على خلافه، أو هو الأخذ بمصلحة جزئية في مسألة ما في مقابلة القياس، وذلك لأن الأخذ بالمصلحة أقرب إلى مورد الشرع، وفيه تحقيق مصلحة أو درء مفسدة، لكن يجب أن تكون المصلحة قد شهدت لها النصوص الشرعية من حيث الجنس حتى تصلح لمعارضة القياس ورجحانها عليه، فحكم الاستحسان هنا عدل به عن نظائرها لمصلحة أكمل وأخص من مصالح نظائرها[2].

ولهذا النوع من الاستحسان أمثلة كثيرة نذكر منها مايلى :

المثال الأول: ضمان الأجير المشترك استحسانا.

الأجير المشترك كالصباغ والخياط وغيرهما إذا هلك المال في أيديهم بغير تعد أو تقصير، فإن مقتضى القياس عدم الضمان لأن الأمين

---

(1) راجع الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٠٣ ، تعليل الأحكام للدكتور / محمد مصطفى شلبي ص ٣٥٥ ط الأزهر.

(2) راجع الموافقات جـ٤ ص ٢٠٧ وما بعدها.

غير ضامن إلا إذا تعدى، أو قصر في الحفظ ، ولكن عدل عـن هـذا، وحكم بالضمان للمصلحة ، وهي المحافظة على أموال النـاس، وتـأمين أمتعتهم من الهلاك نظرا لتفشى الخيانات بين الناس[1].

<u>المثال الثاني</u> : إعطاء الزكاة لبني هاشم استحسانا.

إعطاء الزكاة لبنى هاشم غير جائز بمقتضى النص العـام وهـو قوله ﷺ " إنها لا تحل لمحمد ولا لآل محمد وقد جعل الله لهم فى خمـس الخمس من الغنائم ما يكفيهم يغنيهـم"[2]. ويلزم من هذا ألا تدفع الزكـاة إليهم في أى وقت، ومع ذلك فقد أجاز أبو حنيفة ومالك دفع الزكاة لبنـي هاشم في زمانهما استحسانا على خلاف النص العام رعاية للمصلحة فـي الإبقاء على حياتهم ، وحفاظا لهم من الضياع، ولما وقـع عليـهم مـن الاضطهاد في زمنهما ، ومنع عنهم حقهم في الغنائم.

---

(1) راجع العناية على الهداية جـ٩ ص ١٢١ وما بعدها، الموافقات جـ٤ ص ٢٠٨، الاعتصـام جـ٢ ص ١١٩، الهداية مع تكملة فتح القدير جـ٩ ص ١٢٢.

(2) هذا الحديث أخرجه مسلم بلفظ أخذ الحسن بن على تمرة فجعلها في فيه فقال رسول الله صلى الله عليه وسـلم " كخ كخ أرم بها أما علمت أنا لا نأكل الصدقة " وفي رواية " لا تحل لنا الصدقة "
كما أخرجه الترمذى بلفظ " الصدقة لا تحل لنا، وأن موالى القوم من أنفسهم" كما أخرجه الصنعاني في سبله بلفظ إن عبد المطلب بن ربيعة بن الحرث بن هاشم أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يجعله عاملا على بعض الزكاة فقال له الرسول صلى الله عليه وسلم" إن الصدقة لا تبتغى لآل محمد وإنما هي أوساخ الناس" (راجع صحيح مسلم بشرح النووي جـ٧ ص ١٧٤، عارضه الأحوزي بشرح صحيح الترمذي جـ٣ ص ١٥٩ ط دار الكتب العلمية بيروت- لبنان، سبل السلام جـ٢ ص ١٤٧ ط دار الكتب العلمية — بيروت — لبنان).

فهذا الاستحسان من أبى حنيفة ومالك -رضي الله عنهما- إنمـــا هــو عدول منهما عن الحكم بعدم إعطاء الزكاة لبني هاشم إلى الحكم بجـــواز إعطاءها لهم، بناء على المصلحة التي لاحظها كل منهما[1].

المثال الثالث: قبول شهادة من يوثق بقوله في الجملة.

إن القياس يوجب أن يكون الشهود عدولا في كل قضية معروضـــة للنظر بين يدي القضاء، لأن العدالة هى ترجح جانب الصدق على جـانب الكذب، حتى يلزم القضاء بالحكم، ولكن إذا كان القاضي في بلد لا يوجـــد فيها عدول، فإنه يجب أن تقبل شهادة من يوثق بقوله فى الجملة حتـــى لا تضيع الأموال والدماء[2].

المثال الرابع: خيار الشرط يورث عند المالكية.

إن المشترى لو اشترى سلعة على أنه بالخيار ثلاثة أيام، ثم مـــات في أثناء المدة، فإن خيار الشرط يورث عند المالكية، فإن اتفـــق الورثـــة على فسخ العقد فسخ، وإن اتفقوا على إمضائه، أمضى عليهم أجمعيـــن ، ولكن إن اختلفوا وقبل من رضى الإمضاء أن يأخذ نصيب من رد، فـــإن

---

(1) راجع العناية على الهداية جـ٢ ص ٢٧٢، راجع الهداية مع فتح القدير جـ٢ ص ٢٧٢ وما بعدها، الأدلة المختلف فيها للدكتور/ جلال الدين عبد الرحمن ص ٢١٧.

(2) راجع أصول الفقه للشيخ أبى زهرة ص ٢٤٦.

العقد يمضى على البائع استحسانا ، وذلك لأن البيع قد بت من جانبه ، فلا يهمه من يئول إليه ما دام وارثا[1].

الوثال الخامس: اعتبار الاخوة الأشقاء كالأخوة لأم في الميراث:

إن القياس يوجب ألا يأخذ الأشقاء إذا انحصر الإرث في الأم والزوج، والأشقاء، وأخوين لأم وأكثر، ولكن الاستحسان عند المالكية وكما قرر الصحابة أوجب أن يأخذوا ويعتبروا كإخوة لأم ، فإن هذا استحسان لمصلحة الاخوة الأشقاء، ومنعا للقياس العام[2].

الوثال السادس: جواز بيع الوصي مال الكبير الغائب ما عدا العقار.

فإن القياس لا يملك الوصي البيع لأنه موكل بالحفظ لا بالبيع، كما أن الأب لا يملك ذلك على الكبير الحاضر، ولكن عدل عن هذا القياس استحسانا لمصلحة الغائب إذا كان الشئ المباع يتسارع إليه الفساد لأننا لو منعناه من البيع لأدى إلى ضياع المال، وأما العقار فمحصن بنفسه. حتى لو خيف عليه الهلاك صح بيعه[3].

---

(1) راجع الموافقات جـ٢ ص ٢٤٦، أصول الفقه للشيخ أبي زهرة ص ٢٤٦، البحر المحيط جـ٨ ص ٩٨، نفائس الأصول في اختصار المحصول جـ٩ ص ٤٠٢٧

(2) راجع الموافقات جـ٢ ص ٢٤٦، أصول الفقه للشيخ أبي زهرة ص ٢٤٦

(3) راجع تعليل الأحكام للدكتور / محمد مصطفى شلبي ص ٣٥٨

النوع السادس
الاستحسان بالقياس الخفي

هو أن يعدل بالمسألة عن حكم القياس الظاهر المتبادر فيها إلى حكم آخر مغاير، بقياس آخر هو أدق، وأخفي من الأول ، لكنه أقوى حجة ، وأسد نظرا ، وأصح استنتاجا، وأقوى تأثيرا من القياس الظاهر، أي أن في المسألة قياسان.

أحدهما : ظاهر ضعيف الأثر.

والثاني : خفي قوي الأثر فأخذنا بما هو قوي الأثر وسميناه استحسانا

وهذا النوع من الاستحسان يكثر في كتب القائلين بالاستحسان ومن هنا نجد أن بعض علماء الحنفية يقصرون تعريف الاستحسان على أنه قياس خفي يقابل قياسا جليا(١).

قال : **سعد الدين التفتازاني**: والمراد بالاستحسان في الغالب قياس خفي يقابل قياسا جليا والمراد بالاستحسان في الغالب قياس خفي يقابل قياسا جليا(٢). أهـ.

وقال السرخسي : الاستحسان فى الحقيقة قياسان. أحدهما جلي ضعيف الأثر يسمى قياسا ، والآخر خفي قوى الأثر فيسمى استحسانا، أى قياسا مستحسنا فالترجيح بالأثر لا بالخفاء و الوضوح، وأن قوة الأثر

---

(١) راجع شرح المنار وحواشيه ص ٨١٢، كشف الأسرار للبخاري حـ٤ ص ٣.

(٢) راجع حاشية التفتازاني على شرح العضد حـ٢ ص ٢٨٩

وضعفه أساسه التيسير ورفع الحرج، فالاستحسان القياسي أساسه رفـــع الحرج[1].أهـــ.

وقال النسفي[2]: لما صارت العلة عندنا علة بأثرها قدمنـــا علـــى القياس الاستحسان الذى هو القياس الخفي إذا قوي أثره، وقدمنا القيـــاس لصحة أثره الباطن على الاستحسان الذي ظهر أثره وخفي فساده، لأنه لا رجحان للظاهر لظهوره، ولا للباطن لبطونه، وإنما الرجحان لقوة الأثـــر في مضمونه ، فيسقط ضعيف الأثر في مقابلة قوى الأثر ظاهرا كـــان أو خفيا ، فالدنيا ظاهرة والعقبي باطنة ، وقد ترجح العقبـــي حتـــى وجـــب الاشتغال بطلبها، والإعراض عن طلب الدنيا لقوة الأثر من حيث الـــدوام والصفاء، وضعف أثر الدنيا من حيث الكدورة والفنـــاء.

ولهذا قيل: لو كانت الدنيا من ذهب فان، والعقبي من خزف باق، لكان الواجب على العاقل أن يختار الخزف الباقى، على الذهب الفـــاني، فكيف والأمر على العكس[3]؟أهـــ.

ولهذا النوع من الاستحسان أمثلة كثيرة نذكر منها مايلى:

---

(1) راجع أصول السرخسى جـــ٢ ص ٢٠٣

(2) هو عبد الله بن محمود النسفي أبو البركات — حافظ الدين — فقيه حنفي من أهل إيذج من كور أصبهان ووفاتـــه فيها، من مصنفاته مدارك التنزيل، كنز الدقائق، الكافي في شرح الوافي، كشف الأسرار شرح المنار في الأصول توفي سنة ٧١٠هـــ وقيل سنة ٧٠١هـــ (راجع الأعلام جـــ٤ ص ٦٧ وما بعدها، الفوائد البهية ص ١٠١).

(3) راجع كشف الأسرار مع نور الأنوار جـــ٢ ص ٢٩٣ وما بعدها ومثله ذكر في أصول السرخســـي جـــ٢ ص ٢٠٣، كشف الأسرار للبخاري جـــ٤ ص ١٠

المثال الأول: النظر للمرأة الأجنبية للتداوي:

فإن القاعدة التى تبنى عليها الأحكام الشرعية. أنه لايجوز النظـــر إلى المرأة الأجنبية لأنها عورة من رأسها إلى أخمص قدميها- لما فـــي ذلك من الفتنة التى توقع في ارتكاب الفاحشة، لكنه جوز النظر للتـــداوي لما في ذلك من رفع المشقة، ودفع لها فجوز النظر استحسانا تيسيرا على المسلمين[١].

وفى هذا يقول الإمام محمد أبو زهرة: إن المرأة عورة من قمـــة رأسها إلى قدميها، ثم أبيح النظر إلى بعض المواضع للحاجـــة كرؤيـــة الطبيب، وأن هذا معارضة بين قياسين: أحدهما: ما قررته القواعد مـــن كون المرأة عورة، لأن النظر إليها يؤدى إلى الفتنة، والوصف الثاني مـــا عساه أن يؤدي إلى مشقة في بعض الأحوال لحال العلاج . فأعملت علـــة التيسير هنا في هذا الموضع[٢].أهـ.

المثال الثاني: إذا اختلف البائع والمشتري في مقدار الثمن والمبيـع غير مقبوض.

فإن موجب القياس الظاهر أن الذي كان يجب عليه أن يقيم البينـــة هو البائع، وهو مدعى الزيادة، إذ هما اتفقا على المقدار، والاختلاف فـــي الزيادة فهو المدعى، والبينة على من ادعى ، واليمين على من أنكر، وإذا لم تكن بينة حلف المشتري لأنه المدعى عليه، ولكن استحسن أن يحلـــف

---

(١) راجع الأدلة المختلف فيها للدكتور/ عبد الحميد أبو المكارمص ٢٧٥.

(٢) راجع أصول الفقه للشيخ أبي زهرة ص ٢٤٧

البائع والمشتري، لأن كليهما ينكر شيئا يدعيه الآخـــر، فالبـــائع يدعـــى الزيادة، وينكر استحقاق المشترى للمبيع من غير أدائـــها، والمشـــتري يدعى استحقاقه للمبيع من غير هذه الزيادة، وينكر وجوبها.

وترى من هذا أن للاستحسان علة أقوى أثرا مـــن علـــة القيـــاس الظاهر.

وإذا كان الخلاف بعد القبض. فالاستحسان أيضا أن يتحالفا، وذلك لورود السنة بالتحالف إذ يقول النبي ﷺ"إذا اختلف المتبايعان، والســـلعة قائمة تحالفا وترادا "[1].

وأن استحسان القياس يصح تعديته لأنه مبنى على علـــة، والعلـــة تتعدى، ولذلك قالوا: أنه يكون التحالف قبل القبض في الإجارة كالبيع، أما بعد القبض، فإنه لاتحالف إلا في البيع[2].

---

(1) هذا الحديث أخرجه الترمذي من طريق ابن مسعود بلفظ " إذا اختلف البيعان و لم تكن بينه؟ قال القول: ما قـــال رب السلعة أو يترادان، أخرجه أبو داود والنسائي من طريق الأشعث بلفظ " إذا اختلف البيعان وليس بينهما بينـــة فهو ما يقول رب السلعة أو يتاركان" (راجع سنن الترمذي جـــ٣ ص ٥٦١ كتاب البيوع — باب ما جـــاء إذا اختلف البيعان حديث رقم ١٢٧٠، سنن أبي داود جـــ٣ ص ٢٨٥ كتاب البيوع باب إذا اختلف البيعان والمبيـــع قائم حديث رقم ٣٥١١، سنن النسائي جـــ٧ ص ٣٠٢ كتاب البيوع- باب اختلاف المتبايعين في الثمن

(2) راجع الهداية مع تكملة فتح القدير جـــ٨ ص ٢٠٧ وما بعدها، كشف الأسرار للنسفي مع نور الأنوار جـــ٢ ص ٢٩٦ وما بعدها، كشف الأسرار للبخاري جـــ٤ ص ١١ وما بعدها، تيسير التحرير جـــ٤ص ٨٣، شرح المنـــار وحواشيه ص ٨٢٠، أصول السرخسي جـــ ٢ ص ٢٠٦ وما بعدها، أصول الفقه للشيخ أبي زهرة ص ٢٤٨.

المثال الثالث : طهارة سؤر سباع الطير :

سؤر سباع الطير، وهو بقية الماء الذى يشرب منه، فإن سباع الطير كالنسر والحدأة تشبه سباع البهائم فى كون لحمها نجسا لا يؤكل، وكونها تتغذى من الحيوانات، وبما أن سؤر سباع البهائم كالسبع والفهد والذئب نجس فكذلك سؤر سباع الطير أيضا، وذلك قياس ظاهر، ولكن الاستحسان يتجه لقياس آخر خفي.

وبيانه : أن سؤر البهائم كان نجسا لوجود لعابها في الماء، واللعاب متصل باللحم فهو نجس بنجاسته، أما سباع الطير فهى تشرب بمناقيرها، فلا تلقى الماء في لعابها، ومناقيرها عظام لا تترك في الماء أى أثر، فلا يصيب الماء نجاسة بشرب سباع الطير، فلا يكون السؤر نجسا، قياسا على سؤر الإنسان لأن الماء لا يتنجس بشرب الإنسان . وللاحتياط قالوا إنه مكروه.

ويرى بعض الباحثين أن التمثيل بهذا المثال غير صحيح استنادا إلى أن سباع الطير تأكل النجاسات، ومناقيرها لا تخلو من النجاسة، وهى وإن كانت تشرب بمناقيرها، وهو عظم فلا تخالط رطوبتها الماء، إلا أنه لا يصح قياسها على سؤر الإنسان ، لأنه قد ينزل من جوفها شئ حين شربها فينجس الماء.

وما يقال : إن من عادة هذه الطيور أنها بعد أكلها تدلك الأرض بمناقيرها، وهو عظم يطهر بالدلك.

نقول: إن هذه عادة بعض الطيور في بعض الأحايين، ولا يصح أخذ حكم كلي بناء على استقراء جزئي.

والأولى أن يكون هذا المثال من الاستحسان بالضرورة ورفع الحرج عن الناس، ويكون القياس المقابل للاستحسان هو القياس الاصطلاحي[1].

<u>المثال الرابع</u>: حق المرور، والري، والصرف، تدخل في وقف الأراضي الزراعية.

حقوق المرور، والري، والصرف تدخل عند وقف الأراضي الزراعية تبعا ، دون النص عليها، أو ذكرها في العقد استحسانا.

وإن كان القياس يقتضي عدم دخولها، فكان القول بدخول تلك الحقوق في وقف الأراضي الزراعية، عدول عن قياس ظاهر ، وهو قياس الوقف على البيع بجامع أن كلا منهما يخرج الملك ، فالبيع يخرج ملك المبيع عن بائعه، والوقف يخرج ملك الموقوف عن الواقف.

ولما كانت الأراضي الزراعية عند بيعها لا تدخل فيها حقوق الشرب، والمرور دون النص على ذكرها، يقاس عليها وقف الأراضي الزراعية، أما القياس الخفي فهو قياس الوقف على الإجارة. بجامع أن

---

(1) راجع شرح المنار وحواشيه ص ٨١٣ وما بعدها، كشف الأسرار للنسفي جـ٢ ص ٢٩١ وما بعدها، أصول السرخسي جـ٢ ص ٢٠٤، تيسير التحرير جـ٤ ص ٧٨ وما بعدها، كشف الأسرار على أصول البزدوي جـ٤ ص ٦، أصول الفقه للشيخ أبي زهرة ص ٢٤٨، شرح فتح القدير جـ١ ص ٩٦، أصول الفقه الإسلامي للدكتور/ بدران أبو العينين بدران ص ٢٠٣، الأدلة المختلف فيها للدكتور محمد السعيد عبد ربه ص ٧٦ وما بعدها، التلويح جـ٢ ص ١٦٣ وما بعدها.

المقصود من كل منهما. هو الانتفاع بالعين دون تملك الرقبة، وعند إجارة الأرض تدخل حقوق شربها، وارتفاقها دون نص عليها، فيقاس على ذلك وقفها، فتدخل الحقوق عند الوقف استحسانا، وسبب العدول عن القياس الظاهر إلى القياس الخفي هو أن المقصود من وقف الأراضي الزراعية، هو الانتفاع بالموقوف لا ملك رقبته، ولا يمكن الانتفاع على هذا الوجه إلا بدخول تلك الحقوق بدون ذكر، لما في ذلك من تحقيق للمقصود[1].

المثال الخامس: الصلاة على الجنازة ركبانا.

فإن مقتضى القياس أن الصلاة على الجنازة ركبانا تجوز لأنها دعاء ، إلا أنه عدل عن القياس إلى بطلانها استحسانا، لأنها صلاة من وجه لكونها تحتوي على التحريمة ، فقياس صلاة الجنازة على الصلاة بالمعنى الشرعي لاشتراكهما في تكبيرة الإحرام أقوى من قياسها على المعنى اللغوي من حيث الاشتراك بالدعاء[2].

المثال السادس: عفا عن قطع يده ثم مات بالسراية .

إذا اعتدى مكلف على غيره فقطع يده عمدا ، ثم مات المقطوع بالسراية، فإنه يقتل القاطع قصاصا ، لأنه قتل عمد وموجبه القصاص،

---

(1) راجع شرح فتح القدير على الهداية جـ٦ ص ٢١٥ وما بعدها، أصول الفقه الإسلامي للدكتور / بدران أبو العينين ص ٢٠٣

(2) راجع شرح فتح القدير على الهداية جـ٢ ص ١٢٧

فإذا عفا المجني عليه قبل الموت عن القاطع، ثم مات بالسراية فالقياس وجوب القصاص لتحقق موجبه وهو القتل العمد، وفي الاستحسان لا يقتل وتجب عليه الدية[1] .

جاء في الهداية : ومن قطع يد رجل، فعفا المقطوعة يده عن القطع، ثم مات من ذلك ، فعلى القاطع الدية في ماله، وكان ينبغي أن يجب القصاص وهو القياس ، لأنه هو الموجب للعمد، إلا أن في الاستحسان تجب الدية ، لأن صورة العفو أورثت شبهة، وهي دارئة للقود، أي دافعة ومسقطة للقصاص[2] أهـ.

المثال السادس: قطع يد من سرق من مدينه .

من المقرر فقها أن من له دين حال على آخر – من دراهم، أو دنانير – فسرق منه مثلها قبل أن يستوفيها يعتبر أخذه لها استيفاء ولا تقطع يده أما إذا كان الدين مؤجلا ، فالقياس أن تقطع يده إذا سرق مثلها قبل حلول الأجل، إلا أنه لا تقطع يده استحسانا ، لأن التأجيل لتأخير المطالبة ، ثم إن ثبوت الحق وإن تأخرت المطالبة به يصير شبهة دارئة للقطع، وإن كان لا يلزمه الإعطاء حالا[3].

---

(1) راجع العناية على الهداية جـ١٠ ص ٢٥١

(2) راجع الهداية مع تكملة شرح فتح القدير جـ١٠ ص ٢٥١ وما بعدها.

(3) راجع العناية على الهداية جـ٥ ص ٣٧٧، الأدلة المختلف فيها للدكتور / محمد السعيد عبد ربه ص ٧٦ ، الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور وهبة الزحيلي جـ٦ ص ١١٨ وما بعدها.

جاء في الهداية : ومن له على آخر دراهم فسرق مثلها لم يقطع ، لأنه استيفاء لحقه والحال والمؤجل فيه سواء استحساناً ؛ لأن التأجيل لتأخير المطالبة أهـ (1).

وبعد فهذه هي أهم أنواع الاستحسان عند القائلين به، ومنها يتبين بجلاء أن الاستحسان ليس قاصراً على القياس الخفي الواقع في مقابلة القياس الجلي كما صوره بعض علماء الأصول، كما أنه ليس قاصراً على الاستحسان الثابت بالنص، أو الإجماع، أو الضرورة، أو القياس الخفي، بل يكون ثابتاً بغيرها من الأدلة كالعرف والمصلحة.

كما أن القياس الذي يذكر في مقابلة الاستحسان، قد يكون المراد به القياس الأصولي ، وقد يكون المراد به النص الشرعي العام، أو القاعدة المقررة عند الفقهاء، أو عند بعضهم، وليس المراد به خصوص القياس الأصولي، كما يدل عليه معنى بعض الأصوليين.

---

(1) راجع الهداية مع شرح فتح القدير جـ5 ص 377

المبحث الخامس
في
الفرق بين الاستحسان وغيره مما يشتبه به

تمهيد

ذكرنا فيما سبق في المبحث الأول في تعريف الاستحسان أنه عند بعض الحنفية هو قياس خفي وقع في مقابلة قياس جلى، أو هو دليل وقع في مقابلة القياس، أو هو العدول بالمسألة عن حكم نظائرها إلى حكم آخر لوجه يقتضي هذا العدول.

وعند المالكية: هو استعمال مصلحة جزئية في موضع يعارضه فيها قياس عام.

وعند بعض الحنابلة هو العدول بحكم المسألة عن نظائرها لدليل خاص من الكتاب والسنة.

وعند أبو الحسين البصري: هو ترك وجه من وجوه الاجتهاد غير شامل شمول الألفاظ لوجه هو أقوى منه، وهو في حكم الطارئ على الأول.

ومن العلماء من قال : إنه التيسير ورفع الحرج.

إذا تقرر هذا أذكر الفرق بين الاستحسان والقياس، والاستحسان والمصلحة المرسلة، والاستحسان وتخصيص العلة، والاستحسان والرخصة.

١- الفرق بين الاستحسان والقياس:

إن القياس هو إظهار حكم واقعة نُص عليها في الكتاب أو السنة أو الإجماع في واقعة أخري لا نص على حكمها لاشتراكهما في علة واحدة.

أما الاستحسان فالواقعة دل على حكمها نص أو إجماع. ولكن موجب عموم النص أو القياس فيها يؤدي إلى تفويت مصلحة،أو جلب مفسدة فيعدل عن هذا الحكم إلى حكم آخر لدليل يقتضي هذا العدول.

فالقياس مظهر لحكم الأصل في الفرع عند الاشتراك في علة واحدة.

أما الاستحسان فهو يترك حكماً يجب أن يطبق على واقعة ما لضرورة، أو حاجة، أو دليل يقتضي هذا الترك(١).

هل الحكم بالاستحسان أحد حكمين صحيحين ؟ أو أن الاستحسان مسقط لغيره.

وهي المسألة التي يتنازعها موجب القياس والاستحسان، هل تعد مسألة فيها رأيان في المذهب؟

أحدهما: أن الحكم للقياس والآخر أن الحكم للاستحسان ؟ وعلى ذلك يكون الأخذ بحكم الاستحسان أرجح من القياس، ومن عمل بحكم القياس يكون قد أخذ بقول مرجوح، أم أنه لا يوجد فيها

(١) راجع أصول الفقه للدكتور/ محمد زكريا للبرديسي ص ٣٢٢، أصول الفقه الإسلامي للدكتور/وهبة الزحيلي ص٧٤٠

إلا قول واحد في المذهب، وهو حكم الاستحسان الذي أسقط القول بالقياس ؟

لو تتبعنا عبارة العلماء في كتب الفقه الحنفي لوجدنا أن اللفظ المذكور في أغلب المسائل الاستحسانية هو " إلا أنا تركنا القياس " والمتروك لا يجوز العمل به .

ومعنى ذلك عدم جواز العمل بالقياس في الموضع الذي أخذ فيه بالاستحسان ، وإذا كان القياس متروكا لايجوز العمل به، كانت المسألة التي يتنازعها بحسب الظاهر موجب القياس والاستحسان، ولا يوجد فيها إلا قول واحد عند الحنفية[1].

وقال السرخسي: إن بعض المتأخرين من أصحابنا ظن أن العمل بالاستحسان أولى مع جواز جواز العمل بالقياس في موضع الاستحسان وهذا وهم عندي، فإن اللفظ المذكور في عامة الكتب إلا أنا تركنا هذا القياس والمتروك لا يجوز العمل به، وربما قيل إلا أني استقبح ذلك ، وما يجوز العمل به شرعاً يكون استقباحه كفراً، فعرفنا أن القياس متروك في معارضة الاستحسان أصلاً ، وأن الأضعف يسقط في مقابلة الأقوى[2] أهـ.

---

(1) راجع التلويح جـ٢ ص ١٦٣، أصول الفقه للإمام محمد أبي زهرة ص ٢٥١

(2) راجع أصول السرخسي جـ٢ ص ٢٠١

حكم تعارض القياس الظاهر مع الاستحسان القياسي:

درج علماء الأصول من الحنفية على تقسيم القياس إلى قياس ضعف أثره ، وإلى قياس ظهر فساده وخفيت صحته، وقسموا الاستحسان القياسي إلى استحسان قوى أثره واستحسان خفي فساده وظهرت صحته[1].

وعند التعارض يقدم الاستحسان قوى الأثر على القياس ضعيف الأثر، ويقدم القياس الظاهر الذي ظهر فساده، وخفيت صحته على الاستحسان الذي خفي فساده وظهرت صحته[2].

وحقيقة التعارض واقع بين قياسين الأول ظاهر والثاني خفي والترجيح يدور حول قوة العلة وأثرها في الحكم، فالقياس الظاهر ينقسم إلى قياس ضعفت علته في مقابلة قياس خفيت علته أقوي تأثيرا في الحكم فيترجح العمل بالقياس الخفي .

والقسم الثاني للقياس الظاهر هو قياس ظهر فساده، وخفيت صحته في مقبلة قياس خفي ظهرت صحته وخفي فسادة. والمراد بخفاء الصحة في القياس الجلى بأن ينضم إلى وجه القياس معنى دقيق يورثه قوة ورجحانا على وجه الاستحسان في القياس الخفي فيترجح القياس

---

(1) راجع فواتح الرحموت وشرحه جـ٢ ص ٣٢٢، أصول السرخسي جـ٢ ص ٢٠١ وما بعدها ، أصول الفقه للخضري ص ٤١٤ ط دار المعارف للطباعة - تونس.

(2) راجع التلويح جـ٢ ص ١٦٣، كشف الأسرار مع نور الأنوار جـ٢ ص ٢٩٢ وما بعدها

الظاهر الذي خفيت صحته على الاستحسان لضعف علته، وقوتها في القياس الظاهر[1].

٣- الفرق بين الاستحسان والمصالح المرسلة :

يرى جمهور المالكية أن هناك فرقا بين الاستحسان والمصلحة المرسلة حيث إن الاستحسان عندهم استثناء جزئي في مقابل دليل كلي يتخلف في بعض أجزائه، في حين أن المصالح المرسلة تكون حيث لا يكون دليل سواها، فحيث لا يكون في الموضوع قياس فيه حمل على نص، تكون المصلحة المرسلة هي الدليل وحدها، أما إذا كان في الموضع قياس وحصل أن طرد القياس يوقع في مشقة أو حرج أو يدفع مصلحة، فإنه يترك القياس استحسانا لجلب المصلحة، ودفع المشقة والتوسعة.

إذا الفارق بينهما ينحصر في أن الحكم الاستحساني في مسألة هو ما كان مخالفا لمقتضى القواعد القياسية فيها على سبيل الاستثناء من تلك القواعد لرعاية المصلحة.

أما المصلحة المرسلة فينبغي أن لا تكون مخالفة لقياس يعارضها بل لا بد أن تكون المصلحة فيها هي الدليل الوحيد.

---

(١) راجع نظرية الاستحسان رسالة ماجستير لأسامة الحموي ص ٥٧ وما بعدها ط دار الخير — دمشق.

يقول الشيخ أبو زهرة : ومعنى هذا الكلام أن الاستحسان استثناء جزئي في مقابل دليل كلي يتخلف في بعض الأجزاء، أما المصالح المرسلة فإنها تكون حيث لا يكون ثمة دليل سواها[1] أهـ.

ويرى بعض المالكية كالشاطبي وابن العربي وغيرهما إلى أنه لا فرق بين الاستحسان ، والمصالح المرسلة. وهذا يتفق مع رأى من ينكر المصالح المرسلة[2].

يقول الشاطبي: فإن قيل هذا من باب المصالح المرسلة لا من باب الاستحسان قلنا : نعم إلا أنهم صوروا الاستحسان تصور الاستثناء من القواعد بخلاف المصالح المرسلة[3].

وأرى أن هناك فرقا بين المصلحة المرسلة والاستحسان، لأن المصلحة لا توجد إلا إذا لم يكن هناك دليل سواها بخلاف الاستحسان فهو ثابت بدليل لكن خولف هذا الدليل لدفع مشقة أو لرفع حرج.

٣- الفرق بين الاستحسان وتخصيص العلة :

زعم بعض العلماء أن الاستحسان من باب تخصيص العلة إلا أن حقيقة الأمر ليست كذلك، لأن انعدام حكم القياس في صورة الاستحسان المقابلة سببه هو انعدام العلة، ومثال ذلك أن موجب نجاسة سؤر سباع

---

(1) أصول الفقه الشيخ أبي زهرة ص ٢٤٦ وما بعدها.

(2) راجع الإحكام للآمدي جـ٤ ص ٢١٣ وما بعدها، شرح العضد على مختصر ابن الحاجب جـ٢ ص ٢٨٨، حاشية البناني على شرح المحلي جـ٢ ص ٣٥٣.

(3) راجع الاعتصام جـ٢ ص ٣٢٤

الوحش هو الرطوبة النجسة في الآلة الشاربة ، ولم يوجد ذلك في سباع الطير فانتقض الحكم لذلك[1].

قال صاحب التلويح : إن إثبات الحكم بطريق الاستحسان ترك للقياس بدليل أقوي منه ، هو ليس من تخصيص العلة بمعنى انتقاء الحكم المانع من تحقق العلة لوجهين:-

أحدهما : أن القياس بل الوصف فيه ليس بعلة عند وجود المعارض الأقوى لما سبق من أن شرط القياس أن لايعارضه دليل أقوى منه، فانتقاء الحكم في صورة القياس مبني على عدم العلة لا على تحقق المانع مع وجود العلة.

ثانيهما : أن العلة في القياس مايلزم من وجودها وجود الحكم بدليل الإجماع على وجوب تعدية الحكم إلى كل صوره توجد فيها العلة من غير تقييد بعدم المانع فكل مالايلزم من وجوده الحكم بل يتخلف عنه ولو لمانع يكون علة، ولما كان هذا الوجه صالحا لأن يجعل دليلا مستقلا على بطلان العلة[2]. أهـ.

---

(1) راجع أصول السرخسي جـ٢ ص ٢٠٤، التلويح جـ٢ ص ١٧١، نسمات الأسحار ص ١٥٥ ط دار الكتب العربية — مصر.

(2) راجع التلويح جـ٢ ص ١٧٠ وما بعدها.

٤- الفرق بين الاستحسان والرخصة:

الرخصة في اللغة: هى السهولة والتيسير يقال: رخص السعر إذا سهل وتيسر، وهى ضد الغلاء، فرخصة الله لعباده تسهيله عليهم، والرخصة في الأمر التخفيف فهي خلاف التشديد[١].

الرخصة في الاصطلاح: عرفت بتعريفات كثيرة عند الأصوليين، وسنتعرض لتعريفها، وذلك من أجل بيان الفرق بينها وبين الاستحسان. خصوصا وأن الاستحسان كما قال بعض الأصوليين هو نوع من الترخيص.

عرفها الإمام الغزالى فقال : ما وسع للمكلف في فعله لعذر وعجز عنه مع قيام السبب المحرم[٢].

وعرفها الشاطبي فقال: هى ما شرع لعذر شاق استثناء من أصل كلي يقتضي المنع مع الاقتصار على مواضع الحاجة فيه[٣].

وعرفها بعض العلماء فقال: هي ما ثبت ثانيا مبنيا على أعذار العباد: أو يقال هي: الحكم الثابت على خلاف الدليل لعذر. وعرفها بعض الشافعية فقال: هي ما شرع من الأحكام لعذر مع قيام المحرم، لولا العذر لثبتت الحرمة في حقه[٤].

---

(١) راجع مختار الصحاح ص ٢٣٨ وما بعدها، الإحكام للآمدي جـ١ ص١٨٨.

(٢) راجع المستصفي جـ١ ص ٩٨

(٣) راجع الموافقات جـ١ ص ٣٠١

(٤) راجع فواتح الرحموت وشرحه جـ١ ص ١١٦، الإحكام للآمدي جـ١ ص ١٨٨

من هذه التعريفات تبين لنا أن الرخصة تدور حول أمرين هما:

الأول: وجود العذر، وهو المشقة والحاجة أو الإكراه أو الضرورة، فالمشقة والحاجة هي العذر المبيح لرخصة الإفطار للمسافر والمريض، والإكراه هو العذر المبيح لرخصة النطق بكلمة الكفر مع اطمئنان القلب بالإيمان، والضرورة هي المبيحة لرخصة تناول المضطر للميتة، ورؤية الطبيب عورة المرأة لعلاجها.

الثاني : بقاء سبب الحكم الأصلي قائما فالمكلف يجوز له العمل بحكم الرخصة في موضع مع بقاء الحكم الأصلى.

فالرخصة ليست الحكم الأصلى بل حكم جاء مانعا من استمرار الحكم الأصلي، والترخيص يقتضي الجواز، وهذا يعني أن المكلف مخير بين الأخذ بالعزيمة أو الأخذ بالرخصة، ولوجود الحكمين في المسألة وهما حكم العزيمة وحكم الرخصة.

وهنا يتجلى لنا الفرق بين الاستحسان والرخصة وهو. أن العمل بحكم الاستحسان يلغي الحكم الأصلي المقابل له، لأن حكم القياس المعدول عنه إلى الاستحسان أصبح متروكا.

أما الرخصة فالمكلف مخير بين العمل بالرخصة أو الأخذ بالعزيمة التى هي الحكم الأصلي، أى أن العمل بالرخصة جائز مع بقاء الحكم الأصلى قائما[1].

---

(1) راجع أصول السرخسي حـ٢ ص ٢٠١، التلويح حـ٢ ص ١٦٣ ومابعدها، نظرية الاستحسان لأسامة الحموي ص ٧٥ وما بعدها.

قال الشاطبي: ومن الاستحسان أيضا : الجمع بين المغرب والعشاء للمطر، وقصر الصلاة والفطر للمسافر، وسائر الترخيصات التي على هذا السبيل، فإن حقيقتها ترجع إلى اعتبار الحال في جلب المصالح ودرء المفاسد حيث كان الدليل العام يقتضي المنع، ذلك لأنا لو أبقينا مع أصل الدليل العام لأدى إلى رفع ما اقتضاه ذلك الدليل من المصلحة ، فكان الواجب مراعاة ذلك المآل إلى اقصاه ، ومثله الاطلاع على العورات في التداوي، والقرض، والمسقاة، وإن كان الدليل العام يقتضي المنع، وأشياء من هذا القبيل كثيرة[1] أهـ.

وقد عبر السرخسي عن هذا المعنى في تعزيفه للاستحسان حين قال: " إنه ترك القياس والأخذ بما هو أرفق للناس، وقيل إنه طلب السهولة في الأحكام والأخذ بالسعة وابتغاء الدعة، ثم قال وأخيرا هو ترك العسر لليسر[2].

وعبر ابن العربي عن ذلك في تعريفه للاستحسان حيث قال: " إنه ترك مقتضى الدليل على طريق الاستثناء والترخيص لمعارضة ما يعارض به في بعض مقتضياته.

إلا إنني أرى أن ما ذكره بعض الأصوليين من أن سائر الترخيصات تندرج في مفهوم الاستحسان، لابد وأن يحمل على محمل التجوز، أى

---

(1) راجع الموافقات جـ٤ ص ٢٠٧

(2) راجع المبسوط جـ١٠ ص ١٤٥

لعلهم قصدوا بالرخصة معناها اللغوي وهو التيسير والتسهيل ورفع الحرج عن الناس.

لأن الترخيص يقتضي التخيير للمكلف بين العمل بالحكم الأصلي العزيمة، أو العمل بحكم الرخصة، أما حكم الاستحسان بعد ثبوت دليله فإنه يلغي جواز العمل بالحكم الأصلي المقابل له. كما أن الرخصة تعتبر استثناء من أصل كلي أو قاعدة. فإن الاستحسان ينفرد عنها فيما ليس استثناء، وذلك في الاستحسان القياسي لأن حقيقته راجعة إلى الترجيح بين الأقيسة المتعارضة، وأن المرجع فيه إلى قوة الدليل ودقته لا إلى الحاجة والتيسير[1].

([1]) راجع نظرية الإباحة للدكتور / محمد سلام مدكور ص ٤٢٦ وماعدها ط دار النهضة العربية ، نظرية الاستحسان لأسامة الحموي ص ٧٦ وما بعدها.

المبحث السادس
في
أثر خلاف العلماء في الاحتجاج بالاستحسان
في الفقه الإسلامي

تمهيد

إذا كان استنباط الأحكام الشرعية متوقفة على علم أصول الفقه تبين أن هناك تلازما وثيقا بين الفقه والأصول، يظهر أثره عند تطبيق المستنبط للحكم الشرعي، سواء على نفسه أم على غيره.

ولذلك يقول الإمام الشاطبي – رحمه الله – كل مسألة مرسومة في أصول الفقه لا ينبني عليها فروع فقهية، أو آداب شرعية، أو تكون عونا في ذلك، فوضعها في أصول الفقه عارية [1]. أهـ.

هذا ولقد ترتب على خلاف العلماء في الاحتجاج بالاستحسان وعدمه خلافهم في كثير من المسائل الفقهية، ونحن بدورنا نذكر بعض هذه المسائل على سبيل المثال لا الحصر هاك بعضا منها.

(١) راجع الموافقات جـ١ ص ٤٢

المسألة الأولى

في

شرط الخيار لغير المتعاقدين

اتفق الفقهاء على صحة خيار المتبايعين ، واختلفوا في اشـــتراط الخيار للأجنبي- أي لشخص غير العاقدين - والخلاف علـــى مذهبيـــن أذكرهما فيمايلي:

المذهب الأول:

وعليه الحنفية عدا زفر- والمالكية وبعض الحنابلـــة ونقـــل عـــن الشافعي في أحد قوليه وهم يرون أن اشتراط الخيار لغير العاقدين يجـــوز ويصح البيع ويلزم الشرط استحسانا.

جاء في الهداية : ومن اشترى شيئا وشرط الخيار لغيره. فأيـــهما أجاز جاز وأيهما نقض انتقض[1]أهــ .

وجاء في بداية المجتهد : واختلفوا في اشتراط خيار الأجنبي، فقال مالك يجوز ذلك،والبيع صحيح[2] أهــ.

---

(١) راجع الهداية مع شرح فتح القدير جـــ٦ ص ٣٢٠، ومثله في بدائع الصنائع جـــ٥ ص ١٧٤

(٢) راجع بداية المجتهد جـــ٢ ص ٢١٢

وجاء في المغني لابن قدامة : وإن شرط الخيار لأجنبي صح، وكان اشتراطا لنفسه وتوكيلا لغيره[1]أهـ.

وجاء في المجموع قال أصحابنا: يجوز شرط الخيار للعاقدين ولأحدهما بالإجماع، فإن شرطه لأجنبي فقولان مشهوران أصحهما باتفاق الأصحاب يصح البيع والشرط، وهو الأشهر من نصوص الشافعي- رحمه الله - [2] أهـ .

المذهب الثاني:

وعليه الإمام الشافعي في قوله الصحيح، والقاضي من الحنابلة، وزفر من الحنفية. وأصحاب هذا المذهب يرون عدم صحة شرط الخيار لغير العاقدين .

جاء في المهذب: وإن شرط الخيار لأجنبي ففيه قولان. أحدهما لا يصح[3]أهـ.

وجاء في المغني لابن قدامة : قال القاضي إذا أطلق الخيار لفلان، أو قال لفلان دوني لم يصح[4] أهـ.

وجاء في الهداية، وفي القياس: لا يجوز وهو قول زفر[5]أهـ.

---

(١) راجع المغني لابن قدامة جـ٣ ص ٥٠٠

(٢) راجع المجموع جـ٩ ص ٢١٠ ط دار الفكر.

(٣) راجع المهذب جـ٩ ص ٢١٠ ط دار الفكر.

(٤) راجع المغني لابن قدامة جـ٣ ص ٥٠٠

(٥) راجع الهداية جـ٦ ص ٣٢٠

الأدلـــة

١- **دليل المذهب الأول**: استدل أصحاب المذهب الأول القـــائل بجـواز اشتراط الخيار لغير العاقدين بالاستحسان.

وجه الاستحسان: أن الحاجة قد تمس إلى اشتراطه للغير لأن شـــرعيته لاستخلاص الرأى ، وقد يكون الإنسان يعلم من نفســـه قصـــور الـــرأي والتدبير غير واثق بها في ذلك بل بغيره ممن يعلم حزمه، وجودة رأيـــه، ومعرفته بالقيم وأحوال البياعات ، فبشرط الخيار له يحصل المقصود من شرعيته فيجب تصحيحة ، لأن الاحتياج إليه صار كالاحتياج إلى نفـــس الخيار[١].

٢- **دليل المذهب الثاني**: استدل أصحاب المذهب الثاني القائل. بعـــدم صحة الخيار لغير العاقدين. فقالوا: إن الخيار من مواجب العقد، وحكـــم من أحكامه، فلا يثبت لغير العاقدين. كاشتراط الثمن على غير المشـتري، وكذلك الخيار لتحصيل الحظ لكل واحد من المتعاقدين، فلا يكـــون لمـــن لاحظ له فيه[١].

هذا وبعد عرض ما قاله العلماء وأدلة كل فريـــق يتبيـــن لنـــا أن الراجح هو المذهب الأول القائل : بجواز اشتراط الخيار لغير العـــاقدين استحسانا لحاجة الناس، ودفعا للحرج عنهم.

---

(١) راجع الهداية مع شرح فتح القدير جـــ٦ ص ٣٢٠ وما بعدها، بدائع الصنائع جـــ٥ ص ١٧٤ ، العنايـــة علـــى الهداية جـــ٦ ص ٣٢٠

المسألة الثانية

قبض الهبة بغير إذن الواهب

القبض في الهبة عند الحنفية والشافعية شرط صحة للزوم الهبة. حتى أنه لا يثبت الملك للموهوب له قبل القبض.

وعند الإمام أحمد: القبض شرط لصحة الهبة إذا كان الموهوب مما يكال أو يوزن.

وعند المالكية: لا يشترط القبض لصحة الهبة ولا للزومها، وإنما هو شرط لتمامها. بمعنى أن الموهوب يملك بمجرد العقد ويجبر الواهب على تمكين الموهوب له من الموهوب.

واتفق الفقهاء – عدا المالكية– على أنه لا يصح قبض الهبة إلا بإذن الواهب لأن الإذن بالقبض شرط لصحة القبض في باب البيع حتى لو قبض المشتري من غير إذن البائع قبل نقد الثمن كان للبائع حق الاسترداد، فلأن يكون في الهبة أولى، فلا يجوز القبض من غير إذن الواهب أيضا[٢].

---

(١) راجع المغني لابن قدامة جـ٣ ص ٥٠٠، المجموع شرح المهذب جـ٩ ص ٢١٠

(٢) راجع بدائع الصنائع جـ٦ ص ١٢٣، الهداية مع تكملة شرح فتح القدير جـ٩ ص ٢١، مغني المحتاج جـ٢ ص ٤٠٠، المجموع شرح المهذب جـ١٥ ص ٣٧٩، بداية المجتهد جـ٢ ص ٣٢٩، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير جـ٤ ص ١٠٤، المغنى لابن قدامة جـ٦ ص ٤٤.

واختلفوا فيما إذا لم يأمره بالقبض، ولم ينهه، فإذا قبض الموهوب له الهبة هل يصح القبض أم لا ؟ والخلاف على مذهبين هاك بيانهما.

المذهب الأول:

وعليه الشافعية والحنابلة وهم يرون أنه لا يصح قبض الهبة إلا بإذن الواهب مطلقا سواء قبضها في مجلس العقد أم بعده.

جاء في مغني المحتاج ، ولابد أن يكون القبض بإذن الواهب فيه إن لم يقبضه الواهب، سواء أكان في يد المتهب أم لا، فلو قبض بلا إذن ولا إقباض لم يملكه، دخل في ضمانه .سواء أقبضه في مجلس العقد أم بعده[1] أهـ.

وجاء في المغني لابن قدامة. والواهب بالخيار قبل القبض، إن شاء أقبضها وأمضاها ، وإن شاء رجع فيها ومنعها، ولا يصح قبضها إلا بإذنه ، فإن قبضها الموهوب له بغير إذنه لم تتم الهبة ولم يصح القبض[2]أهـ.

---

(١) راجع مغني المحتاج جـ٢ ص ٤٠٠، المجموع شرح المهذب جـ١٥ ص ٣٧٩.

(٢) راجع المغني لابن قدامة جـ٦ ص ٤٦

المذهب الثاني:

وعليه الحنفية وهم يرون أن الموهوب له إذا قبض الموهوب في مجلس العقد بغير إذن الواهب جاز استحسانا، وإن قبض بعد الافتراق عن المجلس لم يجز إلا أن يأذن الواهب في القبض[1].

الأدلة

١- دليل المذهب الأول القائل: بعدم جواز قبض الهبة بغير إذن الواهب فقالوا : إن التسليم غير مستحق على الواهب، كما أن القبض غير مستحق للموهوب له، فلا يصح التسليم والقبض بغير إذن الواهب قياسا على أخذ المشتري المبيع من البائع قبل دفع الثمن ، فلا يصح إلا بإذن البائع ، ولو استقل بأخذه كان من ضمانه، وذلك سواء في مجلس العقد أم خارجه .

وقالوا : إن وجه القياس أن القبض تصرف في ملك الواهب لأن ملكه قبل القبض باق فلا يصح بدون إذنه[2].

٢-دليل المذهب الثاني القائل: بجواز قبض الهبة بغير أمر الواهب وفرقوا بين القبض في مجلس العقد وفي غيره. استدلوا بالاستحسان .

---

(١) راجع العناية مع الهداية جـ٩ ص ٢١، بدائع الصنائع جـ٦ ص ١٢٤ وما بعدها.

(٢) راجع المغني لابن قدامة جـ٦ ص ٤٦، مغني المحتاج جـ٢ ٤٠٠، المجموع شرح المهذب جـ٥ ص ٣٧٩، الهداية جـ٩ ص ٢١ وما بعدها.

وجه الاستحسان:

أن القبض في الهبة بمنزلة القبول من حيث إنه يتوقف عليه ثبوت حكمه، وهو الملك. والمقصود من عقد الهبة إثبات الملك فيكون الإيجاب من الواهب تسليطا للموهوب له على القبض، فكان إذنا دلالة. وإنما قيد ذلك بالمجلس لأنه ثبت التسليط فيه إلحاقا له بالقبول، والقيد يتقيد بالمجلس فكذلك ما يلحق به[1].

هذا وبعد عرض ما قاله الفريقان وأدلة كل فريق يتبين لنا أن الراجح ما ذهب إليه أصحاب المذهب الثاني- وهم الحنفية – وذلك لأن قصد الواهب من الهبة تمليك الشئ الموهوب للموهوب له. فصار الإيجاب منه دلالة بالإذن بالقبض، كما أن الواهب لو لم يرد الإقباض فله أن ينهي الموهوب له عن قبض الشئ الموهوب ويسترده منه.

---

(١) راجع الهداية مع العناية جـ٩ ص ٢٢وما بعدها، بدائع الصنائع جـ٦ ص ١٢٤، الفقه الإسلامي للدكتور / وهبة الزحيلي جـد ص ٢٠ ومابعدها ط دار الفكر.

المسألة الثالثة

في

شركة المفاوضة

تعريف المفاوضة لغة :

للمفاوضة في اللغة معاني متعددة، فقيل إنها مشتقة من التفويض، لأن كل واحد من الشريكين يفوض إلى الآخر أمر التصرف في مال الشركة، ومن هذا قوله تعالى:﴿ **وأفوض أمري إلى الله إن الله بصير بالعباد**﴾[1].

وقيل: هي مشتقة من الفوض بمعنى الانتشار، يقال فاض الماء إذا انتشر فلما كان هذا العقد مبنيا على الانتشار والظهور في جميع التصرفات وفي عموم التجارة سمي مفاوضة.

وقيل: هي المساواة، وسمي هذا النوع من الشركة مفاوضة لاعتبار المساواة في رأس المال والربح والتصرف.

والراجح أنها مشتقة من التفويض أو الفوض الذي منه فاض الماء إذا عم وانتشر[2].

---

(١) سورة غافر من الآية ٤٤

(٢) راجع تاج العروس جـ٥ ص ٣٤٦، المصباح المنير جـ٢ ص ٤٨٥، مختار الصحاح ص ٥١٤، فتح القدير جـ٦ ص ١٥٦، القاموس المحيط جـ٢ ص ٣٥٣ ط مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، بدائع الصنائع جـ٦ ص ٥٨

تعريف المفاوضة في الاصطلاح:

اختلف الفقهاء في تعريفها وسأذكر بعض هذه التعريفات حتى يتبين لنا هل هي جائزة أم لا ؟.

تعريفها عند الحنفية:

هي أن يشترك اثنان أو أكثر وأن يكونا متساويين في رأس مال الشركة. وفي رءوس أموالهم الخاصة ، ولهم الحق في إدارتها بالتساوي. ولابد من تحقق هذه الشركة عندهم من عدة شروط فليرجع إليها من شاء[1].

قال في الهداية : لأنها شركة عامة في جميع التجارات، يفوض كل واحد منها أمر الشركة إلى صاحبه على الإطلاق[2]. أهـ.

تعريفها عند المالكية:

هي أن يفوض كل واحد من الشريكين إلى صاحبه التصرف في ماله. مع غيبته وحضوره، وذلك واقع عندهم في جميع الممتلكات[3].

---

(١) راجع المبسوط جـ١١ ص ١٥٢، فتح القدير جـ٦ ص ١٥٦، بدائع الصنائع جـ٦ ص ٥٨

(٢) راجع الهداية جـ٦ص١٥٦

(٣) راجع بداية المجتهد جـ٢ ص ٢٧١، شرح الزرقاني على مختصر خليل جـ٦ ص ٤٤

قال في الشرح الكبير. ثم إن أطلقا التصرف. بـأن جعلـه كـل لصاحبه غيبة، وحضورا. في بيع وشراء، وكراء واكتراء، وغير ذلـك مما تحتاج له التجارة وإن بنوع — كالرقيق- فمفاوضة[1]. أهـ.

تعريفها عند الحنابلة:

هي أن يشتركا في جميع الأنواع مثل أن يجمعا بين شركة العنـان والوجوه والأبدان فيصح ذلك[2].

تعريفها عند الشافعية:

هي أن يشتركا ليكون بينهما كسبهما بأموالهما وأبدانهما، وعليـهما ما يعرض من غرم، سواء أكان بغصب أم بإتلاف أم ببيع فاسد[3].

التعريف المختار:

يتضح مما سبق أن تعريف الحنفية قد جاء مستوعبا لكل ما يصـح شرعيتها، ويفيد جوازها، غير أن شروط هذه الشركة عند الحنفية تجعلـها نادرة الوقوع.

هذا وبعد تعريف شركة المفاوضة اختلف العلماء في جوازها على مذهبين:

---

(١) راجع الشرح الكبير على مختصر خليل حـ٣ ص ٣٥٢

(٢) راجع المغني لابن قدامة حـ٥ ص ٢٢

(٣) راجع المجموع شرح المهذب حـ١٤ ص ٧٤، مغني المحتاج جـ٢ ص ٢١٢.

المذهب الأول:

وعليه الحنفية والمالكية وبعض الحنابلة، وهم يـــرون أن شـــركة المفاوضة جائزة وأن اختلفوا في معناها وشروطها[١].

المذهب الثاني:

وعليه الشافعية والظاهرية وبعض الحنابلة والشيعة وهـــم يـــرون عدم جواز شركة المفاوضة بل أنكروها إنكارا تاما حتـــى قـــال الإمـــام الشافعي. وشركة المفاوضة باطلة ولا أعرف شيئا من الدنيا باطلا إن لـــم تكن شركة المفاوضة باطلة[٢].

---

(١) راجع الهداية مع فتح القدير جـــ٦ ص ١٥٧، بدائع الصنائع جـــ٦ ص ٦٠، بداية المجتهد جـــ٢ ص ٢٥١، المغني لابن قدامة جـــ٥ص ٢٢.

(٢) راجع المجموع شرح المهذب جـــ١٤ ص ٧٤، مغني المحتاج جـــ٢ ص ٢١٢، الأم جـــ٣ ص ٢٠٦.

الأدلـــة

١- أدلة المذهب الأول:

استدل الحنفية ومن معهم على جواز شركة المفاوضة بالاستحسان ووجـه هذا الاستحسان ما يلي:

أ - قوله ﷺ "فاوضوا فإنه أعظم للبركة"[١].

وجه الدلالة:

فإن في الحديث توجيه من سيدنا رسول الله ﷺ ، وهو يدعو إلى الإحسان في نوع التعامل المعروف لتعظم البركة فيه ، ويزاد اليمن ففـي هذا الحديث إقرار لشركة المفاوضة ودعوة إلى الإحسان فيها[٢].

ب- إن الناس تعاملوا بها من غير نكير، كما أنها تتضمن أمرين جـائزين هما الوكالة والكفالة ، وتجوز كل واحدة منهما حال الانفراد فكذلـك في حالة الاجتماع، ثم إن شركة المفاوضة من طرق استنماء المـال

---

(١) هذا الحديث ذكره الزيلعي بدون إسناد وقال : عنه غريب، وأخرجه ابن ماجة في سننه من طريق صالح عن صهيب عن أبيه بلفظ قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاث فيهن البركة البيع إلى أجل والمقاوضة واخلاط البر بالشعير للبيت لا للبيع" وقال ابن ماجة في إسناده صالح بن صهيب مجهول (راجع نصب الراية جـ٣ ص ٤٧٥ كتاب الشركة، سنن ابن ماجة جـ٢ ص ٧٦٨ كتاب التجارة- باب الشركة والمضاربة حديث رقم ٢٢٩٨).

(٢) راجع الهداية مع فتح القدير جـ٦ ص ١٥٧

أو تحصيله، والحاجة إلى ذلك متحققة فكانت شركة المفاوضة جائزة كشركة العنان[1].

دليل المذهب الثاني: على عدم جواز شركة المفاوضة استدلوا بالقياس.

ووجه القياس:

أن شركة المفاوضة تشتمل على الوكالة بمجهول الجنس، والكفالة بمجهول وكل ذلك فاسد على الانفراد، لأنها تشتمل على أنواع من الغرر، وواحد منها يكفي لبطلانها فكيف إذا اجتمعت فهي قمار، أو أشد منه[2].

أجيب عن ذلك:

بأن الجهالة متحملة لأنها إنما تثبت تبعا، والتصرف قد يصح تبعا، ولا يصح مقصودا. كما في المضاربة فإنها تتضمن الوكالة بشراء مجهول الجنس، وكذا شركة العنان فلا يتم الإلزام، كما أن شركة المفاوضة لا غرر فيها لأن الشركاء اتفقوا على أن يلتزم كل منهم بما يلزم الآخر بالتساوي[3].

هذا وبعد عرض ما قاله العلماء وأدلة كل فريق يتبين لنا أن شركة المفاوضة جائزة لأن نصوص الشريعة ليس فيها ما يدل على

---

(١) راجع بدائع الصنائع جـ٦ ص ٥٨، الهداية وشروحها جـ٦ ص ١٥٨

(٢) راجع المجموع جـ١٤ ص ٧٤، مغني المحتاج ص ٢١٢، الأم جـ٣ ص ٣٠٦

(٣) راجع الهداية مع فتح القدير جـ٦ ص ١٥٨، بدائع الصنائع جـ٦ ص ٥٨

تحريمها وليس الغرر محقق فيها، وليس فيها استغلال شريك لآخـــر لأن كل من الشركاء راض بأن يلتزم بالحقوق التي يلتزم بها شريكه.

المسألة الرابعة
في
إقرار الوكيل بالخصومة

إذا أقر الوكيل بالخصومة على موكله. هل يلزم إقراره الموكل أم لا ؟ اختلف العلماء في ذلك على مذهبين هاك بيانهما

المذهب الأول :

وعليه الشافعية والمالكية والحنابلة وزفر من الحنفية ونسب إلى ابن أبي ليلى، وأصحاب هذا المذهب يرون أن إقرار الوكيل على الموكل بقبضه الحق المدعى به، أو نحوه كتسليم وكيل المدعى عليه بحق الخصم فيما ادعاه لا يقبل إقراره، ولا يلزم الموكل سواء كان الإقرار في مجلس القاضي أو غير في مجلسه[1].

جاء في الأم: وإذا وكل الرجل بوكالة ، ولم يقل له في الوكالة إنه وكله بأن يقر عليه، ولا يصالح، ولايبرئ، ولا يهب، فإن فعل فما فعل من ذلك كله باطل[2]أهـ.

وجاء في بداية المجتهد: واختلفوا في مطلق الوكالة على الخصومة. هل يتضمن الإقرار أم لا ؟ فقال مالك لايتضمن[3]أهـ.

---

(١) راجع الأم جـ٣ ص ٢٠٧، بداية المجتهد جـ٢ ص ٢٩٧، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير جـ٣ ص ٣٧٨، المغني لابن قدامة جـ٥ ص ٧٢، الهداية مع فتح القدير جـ٨ ص ٢٠٧

(٢) راجع الأم جـ٣ ص ٢٠٧

(٣) راجع بداية المجتهد جـ٢ ص ٢٩٧

وجاء في المغني لابن قدامة: إذا وكل رجلا في الخصومة لم يقبل إقراره على موكله بقبض الحق ولا غيره[1]أهـ.

المذهب الثاني: وعليه –أبو حنيفة ومحمد من أصحابه–رحمهم الله تعالى–:

وهما يرون أن الوكيل إذا أقر في مجلس القاضي جاز إقراره، ولزم موكله، وإن أقر في غير مجلسه لم يجز، وقال أبو يوسف: يجوز إقراره عليه وإن أقر في غير مجلس القضاء.

جاء في الهداية : وإذا أقر الوكيل بالخصومة على موكله عند القاضي جاز إقراره عليه، ولا يجوز عند غير القاضي عند أبي حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف يجوز إقراره عليه مطلقا[2]. أهـ.

الأدلة

١– دليل المذهب الأول:

القائل بعدم قبول إقرار الوكيل على موكله. فقالوا إن الوكيل مأمور بالخصومة، والخصومة حقيقتها المنازعة بينما الإقرار يعتبر مسالمة ومساعدة في وصول الخصم إلى الحق المتنازع عليه فهما

(١) راجع المغني لابن قدامة جـ٥ ص ٧٢

(٢) راجع الهداية مع تكملة فتح القدير جـ٨ ص ١١٤، بدائع الصنائع جـ٦ ص ٢٤

متضادان، والأمر بالشئ لا يتناول ضده[1]. بدليل عدم ملكيتــه الصلــح والإبراء لتضاد هذه الأفعال معنى الخصومة.

وأيضا لصحة استثناء الإقرار في الخصومة، فلو كان الإقرار مــن حقوق التوكيل بالخصومة لما صح استثناؤه[2].

٣- دليل المذهب الثاني:

القائل ، بقبول إقرار الوكيل عند القاضي لا غير، ويلزم الموكــل ما أقر به، ولا يلزم عنــد غــيره- ويخــرج مــن الوكالــة- اســتدلوا بالاستحسان.

ووجه الاستحسان:

أن هذا التوكيل صحيح قطعا من كل وجه، وصحته بتناولــه مــا يملكه الموكل قطعا، لأن التوكيل في غير المملوك تصرف في غير ملكــه وهو غير صحيح، وما يملكه الموكل مطلق الجواب المتنــاول للإنكــار، والإقرار جميعا دون أحدهما عينا وطريق المجــاز بيــن الخصومــة، ومطلق الجواب موجود في هذه المسألة، فينصرف التوكيل بالخصومـــة إلى التوكيل بمطلق الجواب تحريا لصحة كلام الموكل، لأن كلام العــاقل يصان عن الإلغاء.

---

(١) بل الراجح أن الأمر بالشئ نهي عن ضده (راجع المستصفي جــ١ ص ٩٨

(٢) راجع المغني لابن قدامة جــ٥ ص ٧٢، الأم جــ٣ ص ٢٠٧، الهداية مع تكملة فتح القديــر جـــ٨ ص ١١٤، بدائع الصنائع جــ٦ ص٢٤

والتوكيل يتناول جوابا يسمي - خصومة حقيقة أو مجازا- والإقرار في مجلس القضاء خصومة مجازا إما لأنه خرج في مقابلة الخصومة، أو لأنه سبب له، لأن الظاهر إتيانه بالمستحق، وهو الجواب في مجلس القضاء ، فيختص به. وما كان في غير مجلس القضاء فليس بخصومة لا حقيقة ولا مجازا، إذ الإقرار خصومة- مجازا- من حيث إنه جواب، ولا جواب في غير مجلس القضاء، فلا إقرار يكون خصومة مجازا في غيره، فلا يتناوله الجواب الموكل به[1].

استدل أبو يوسف على قوله : بقبول إقرار الوكيل على الموكل مطلقا . إن الوكيل قائم مقام الموكل، فيقتضي هذا أن يملك ما كان الموكل مالكا له، وإقرار الموكل لا يختص بمجلس القضاء، فكذلك إقرار نائبه، وهو الوكيل فيقبل إقراره عليه مطلقا[2].

هذا وبعد عرض ما قاله العلماء وأدلة الفريقين يتبين لنا أن الراجح لا يصح إقرار الوكيل بالمدعي الأصلي الموكل على إثباته أساسا، بخلاف ما يظهر من وجوه أثناء الخصومة فيصح إقراره بها وهذا بالنسبة لوكيل المدعي، أما للوكيل من قبل المدعي عليه لا يصح إقراره بالمدعي عليه إن كان متحدا وإلا جاز إقراره بالبعض.

---

(١) راجع الهداية مع تكملة فتح القدير جـ٦ ص ١١٧، العناية على الهداية جـ٨ ص ١١٧ ، بدائع الصنائع جـ٦ ص ٢٤

(٢) راجع المراجع السابقة .

المسألة الخامسة

في

ردة الزوجين معا

إذا تزوج مسلم بمسلمة، وبعد زواجهما ارتدا معـا، فـهل يبقـى النكاح على حاله أم أنه ينفسخ ؟.... وهل الحكم قبل الدخول كالحكم بعـد الدخول .

اختلفت كلمة الفقهاء في ذلك على مذهبين هاك بيانهما:

المذهب الأول :

وعليه الشافعية والحنابلة وزفر من الحنفية والإمامية وأصحـاب هذا المذهب يرون أن ردة الزوجين معا إذا كانت قبل الدخـول ينفسـخ النكاح في الحال، وإذا كانت بعد الدخول توقفت الفرقة على انقضاء العدة كالقول في ردة أحدهما[1].

المذهب الثاني:

وعليه الحنفية -عدا زفر- وهو رواية عن أحمـد وهـو مذهـب الزيدية وأصحاب هذا المذهب يرون أن الزوجين إذا ارتـدا معـا بقـي النكاح استحسانا[2].

---

(١) راجع مغني المحتاج جـ٣ ص ١٩٠، والإقناع جـ٣ ص ٢٠٤، بدائع الصنائع جـ٢ ص ٣٣٧، الهداية مع فتـح القدير جـ٣ ص ٤٣٠، جواهر الكلام شرح شرائع الإسلام جـ٣ ص ٣٧ ط أنصار السنة المحمدية.

(٢) راجع الهداية مع فتح القدير جـ٣ ص ٤٣٠ وما بعدهـا، المبسـوط جـ٥ ص ٤٩، المغـني لابـن قدامـة جـ٧ص٥٦٤، الفواكه الدواني جـ٢ ص ٤٩ ط مصطفى البابي الحلبي وأولاده — بمصر.

الأدلـــة

أولا: **أدلة المذهب الأول:** القائلين بالتفريق بين الدخول وعدمـــه اســتدلوا بمايلي

١- إن الردة طرأت على النكاح فوجب أن يتعلق بها وقوع الفرقة قياســا على ردة أحدهما[١].

٢- إن كل مازال عنه ملك المرتد إذا ارتد وحده زال إذا ارتد غيره معـه كماله، واستباحة دمه[٢].

٣- إن في ردة الزوجين معا ردة أحدهما وزيادة فإذا كانت ردة أحدهمـــا منافية للنكاح فردتهما أولى بالبينونة [٣].

ثانيا: **أدلة المذهب الثاني:** القائلين بأن النكاح لا ينفسخ استحسانا. ووجـه الاستحسان المنقول والمعقول .

فمن المنقول:

ما روي أن بني حنيفة [٤] ارتدوا بمنع الزكاة فاستتابهم أبو بكـــر الصديق ﷺ ولم يأمرهم بتجديـــد الأنكحـــة بعد التوبة ، ولا أحد مـــن الصحابة – رضى الله عنهم – فحل ذلك محل الإجماع[١].

---

(١) راجع المغني لابن قدامة جـ٧ ص ٥٦٤

(٢) راجع المرجع السابق.

(٣) راجع تبيين الحقائق جـ٢ ص ١٧٨ ط دار المعرفة – بيروت – لبنان فتح القدير جـ٣ ص ٤٣١، بدائع الصنائع جـ٢ ص ٣٣٧، المبسوط جـ٥ ص ٤٩

(٤) وهي ديار تنسب لبني زيد بن ثعلبة الحنفيين باليمامة وقاتلهم خالد بن الوليد على رأس جيش وانتصر عليهم (راجع الأعلام جـ٧ ص ٢٢٦، معجم البلدان جـ٢ ص ١١٠ط دار صادر بيروت– لبنان.

ومن المعقول بما يلي:

إن الزوجين إذا ارتدا معا لم يختلف لهما دين ، ولا دار فيبقى ما كان على ما كان كما إذا أسلم الكافران[2].

أ - إن ردة الزوجين معا وإسلامهما معا. دليل الموافقة كما هو مقتضى النكاح بخلاف ردة أحدهما، وذلك لأن جهة المنافاة بردة أحدهما عدم انتظام المصالح بينهما، والموافقة على الارتداد ظاهرة في انتظامهما بينهما إلى أن يموتا بقتل أو غيره[3].

٢- هذا وبعد عرض ما قاله الفقهاء، وأدلة كل قول يتبين لنا أن القول الراجح والأولى بالقبول هو القول الثاني القائل بأن ردة الزوجين معا لا تفسخ النكاح وهو استحسان من الحنفية لأنه لم يوجد من الزوجين اختلاف دين ولا دار فبقي ما كان على ما كان، كما أننا لو ألزمناهم بتجديد الأنكحة لكان في ذلك مشقة، ولكان ذلك تنفيرا لهم عن الرجوع إلى الإسلام.

---

(١) راجع فتح القدير على الهداية جـ٣ ص ٤٣١، بدائع الصنائع جـ٢ ص ٣٣٨، المبسوط جـ٥ ص ٤٩

(٢) راجع البحر الزخار جـ٦ ص ٤٢٦ الناشر دار الكتاب الإسلامي.

(٣) راجع تبيين الحقائق جـ٢ ص ٨٧٨، فتح القدير جـ٣ ص ٤٣١.

المسألة السادسة
في
حكم قاطع الطريق في المصر

قاطع الطريق هو: الخروج على المارة لأخذ المال على سبيل المغالبة على وجه يمنع المارة عن المرور. سواء كان القطع من جماعة أو من واحد، وسواء كان القطع بسلاح أو غيره من العصا والحجر والخشب بعد أن يكون له قوة القطع[1].

فمن قطع الطريق في المصر، أو قريبا منه أو في القرى . هل يعتبر قاطع طريق، ويقام عليه حد قطاع الطريق، أو لا يكون قاطع الطريق إلا في الصحراء . اختلف العلماء في ذلك على مذهبين هاك بيانها.

المذهب الأول:

وعليه المالكية والشافعية وبعض الحنابلة وبعض الحنفية. ونسب إلى الليث والأوزاعي وأبي ثور وأصحاب هذا المذهب يرون أن قطع الطريق يكون داخل المصر وخارجه على حد سواء.

جاء في بداية المجتهد: واختلفوا فيمن حارب داخل المصر فقال مالك داخل المصر وخارجه سواء[2].أهـ

---

(١) راجع بدائع الصنائع جـ٧ ص ٩٠.

(٢) راجع بداية المجتهد جـ٢ ص ٤٥٥، ومثله في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير جـ٤ ص ٣٤٨

وجاء في الأم: والمحاربون الذين هذه حدودهم- بعد ذكره حد قاطع الطريق - القوم يعرضون بالسلاح للقوم حتى يغصبوهم مجاهرة في الصحاري والطرق، وأرى ذلك في ديار أهل البادية وفي القرى سواء، إن لم يكن من كان في المصر أعظم ذنبا فحدودهم واحدة[(١)] أهـ.

وجاء في المغني لابن قدامة : وجملته أن المحاربين الذين تثبت لهم أحكام المحاربين لهم شروط ثلاثة :

أحدها: أن يكون ذلك في الصحراء، فإن كان ذلك منهم في القرى والأمصار ، فقد توقف أحمد-رحمه الله -فيهم وظاهر كلام الخرقي. أنهم غير محاربين ، قال وقال كثير من أصحابنا هو قاطع حيث كان [(٢)] أهـ.

وجاء في بدائع الصنائع : أن يكون في غير مصر فإن كان بمصر لا يجب الحد سواء كان القطع نهارا أو ليلا، وسواء كان بسلاح أو غيره. وهذا استحسان، وهو قولهما. والقياس أنه يجب وهو قول أبي يوسف[(٣)] أهـ.

المذهب الثاني:

وعليه أبو حنيفة ومن أصحابه محمد بن الحسن وبعض الحنابلة ونسب إلى الثوري وإسحاق وأصحاب هذا المذهب يرون أن لا يكون

---

(١) راجع الأم جـ٦ ص ١٥٢ ومثله جاء في مغني المحتاج جـ٤ ص ١٨١

(٢) راجع المغني لابن قدامة جـ٩ ص ١٤٤

(٣) راجع بدائع الصنائع جـ٧ ص ٩٢ ومثله جاء في المبسوط جـ٩ ص ٢٠١

قطع الطريق إلا في الصحراء، ولا يكون في المصر ولا في القرب منه ولا في القرى[1].

جاء في الهداية: ومن قطع الطريق ليلا أو نهارا في المصر أو بين الكوفة والحيرة. فليس بقاطع طريق[2]أهـ.

وجاء في المغني لابن قدامة: والمحاربون الذين يعرضون للقوم بالسلاح في الصحراء فيغصبونهم المال مجاهرة[3]أهـ.

الأدلة

١- أدلة أصحاب المذهب الأول:

القائلين بأنهم قطاع طرق حيثما كانوا استدلوا بالكتاب والقياس والمعقول إليك بيان هذه الأدلة:

دليلهم من الكتاب قوله تعالى:﴿إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فسادا أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ذلك لهم خزي في الدنيا ولهم في الآخرة عذاب عظيم﴾[4].

---

(١) راجع المبسوط جـ٩ ص ٢٠١، بدائع الصنائع جـ٧ ص ٩٢

(٢) راجع الهداية مع فتح القدير جـ٥ ص ٤٣١

(٣) راجع المغني لابن قدامة جـ٩ ص ١٤٤

(٤) سورة المائدة الآية ٣٣

وجه الدلالة:

أن الآية عامة تتناول كل محارب سواء كان في المصر أو في الصحراء وحيث لم تفرق بينهما وجب الحد على من قطع الطريق في المصر وهو المدعى[١].

دليلهم من القياس:

ووجه أنه إذا تحققت الشروط فيمن قطع الطريق في المصر وجب عليه حد قاطع الطريق. قياسا على من قطعه في الصحراء ، بل هو أولى لأنه إذا وجب عليهم هذا في الصحراء وهو موضع الخوف. فلأن يجب في المصر وهو موضع الأمن أولى، لعظم جرأتهم، وعظم إخافتهم، وكثرة ضررهم[٢].

جـ- دليلهم من المعقول:

قالوا إن محاربة شرع الله ﷻ، وتعدي حدوده، لا يختلف تحريمها بكونها خارج المصر أو داخله كغيرها من سائر المعاصي من زنا وشرب خمر وغيرهما . إلا أن الشافعية قالوا يشترط في قاطع الطريق أن يكون له شوكة أى قدرة وقوة مغالبة لغيره، والمغالبة إنما تأتي بالبعد عن العمران بحيث لو قال الشخص ياغوثاه أغاثه الناس، وتوجد المغالبة في المصر أيضا حال ضعف السلطان[٣].

---

(١) راجع المغني لابن قدامة جـ٩ ص ١٤٤، مغني المحتاج جـ٤ ص ١٨١، الهداية مع فتح القدير جـ٥ ص ٤٣١.

(٢) راجع بدائع الصنائع جـ٧ ص ٩٢، المبسوط جـ٩ ص ٢٠١

(٣) راجع الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور / وهبة الزحيلي جـ٦ ص ١٣٤ وما بعدها.

٣- دليل المذهب الثاني:

استدل أصحاب هذا المذهب القائلون بأن قطع الطريق لا يكون إلا في الصحراء ولا يكون في المصر بالاستحسان.

ووجه الاستحسان:

أن القطع لا يحصل بدون الانقطاع، والطريق لا ينقطع في الأمصار وفيما بين القرى، لأن المارة لا تمتنع عن المرور عادة فلم يوجد السبب، كما أن الناس يغيثون المقطوع عليه في كثير من الأحيان فكان القطع في المصر بالغصب أشبه، فعليه التعزير ورد ما أخذ من مستحقة ، وهذا ظاهر الرواية عند الحنفية لكن المفتي به خلافة أي أن المفتي به هو رأي أبي يوسف الذي يقضي بأن الحرابة تقع في المصر ليلا ونهارا ، بسلاح أو بدونه دفعا لشر المتغلبة والمفسدين[(١)].

جاء في بدائع الصنائع وقيل : إنما أجاب أبو حنيفة – عليه الرحمة – على ما شاهده في زمانه. لأن أهل الأمصار كانوا يحملون السلاح: فالقطاع ما كانوا يتمكنون من مغالبتهم في المصر ، والآن ترك الناس هذه العادة فتمكنهم المغالبة فيجري عليهم الحد. وعلى هذا قال أبو حنيفة- رحمه الله – فيمن قطع بين الحيرة والكوفة- أنه لا يجري عليه

---

(١) راجع فتح القدير على الهداية جـ٥ ص ٤٣١ وما بعدها، بدائع الصنائع جـ٧ ص ٩٢، المبسوط جـ٩ ص٢٠١، المغني لابن قدامة جـ٩ ص ١٤٤، الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور/ وهبة الزحيلي جـ٦ ص ١٣٤ .

الحد لأن الغوث كان يلحق هذا الموضع في زمانه لاتصالـــه بـــالمصر. والآن صار ملتحقا بالبرية فلا يلحق الغوث فيتحقق قطع الطريق[1]أهـــ.

هذا وبعد عرض ما قاله العلماء وأدلة الفريقـــان يتبيـــن لنـــا أن الراجح ما عليه أصحاب المذهب الأول وهم القائلون بأنه يثبـــت قطـــع الطريق داخل المصر وخارجه على حد سواء، لأنه إذا وجب الحد علـــى قاطع الطريق في الصحراء. فمن باب أولى وجوبه على قاطع الطريـــق في المصر لأن الصحراء موضع الخوف، والمصر موضع الأمن فـــإذا تحقق قطع الطريق في المصر دل على عظم جراءتهم، وعظم إخافتـــهم، وكثرة ضررهم. فيطبق عليهم الحد دفعا لشرهم.

---

(١) راجع بدائع الصنائع جـــ٧ ص ٩٢ومثله جاء في المبسوط جـــ٩ص ٢٠١ وما بعدها.

المسألة السابعة
الاشتراك في السرقة

إذا دخل جماعة الدار فأخذوا متاعا، وحملوه على ظهر رجل منهم أو رجلين، وخرج الباقون من غير حمل شئ، أو دخل جماعة منهم الدار، وأخذوا المتاع، وترصد الباقون لحراستهم. فهل يقطع الحامل للشئ، والداخل في الدار فقط أم يقطع الجميع ؟

اختلف العلماء في ذلك على مذهبين هاك بيانهما :

المذهب الأول:

وعليه الإمام الشافعي ومالك وزفر من الحنفية، وأبو ثور وابن المنذر. وأصحاب هذا المذهب يرون أن القطع على الذي أخرج المتاع وتولى الأخذ فقط.

جاء في الأم : ولو دخل جماعة البيت ونقبوه معا. ثم أخرج بعضهم السرقة ولم يخرجها بعضهم . قطع الذي أخرجها دون الذي لم يخرجها، وكذلك لو كانوا جماعة فوقف بعضهم على الباب، أو في موضع يحميهم فمن أخذ المتاع منهم – قطع الذي أخرج المتاع من جوف البيت ، ولم يقطع من لم يخرجه من جوف البيت[١]أهـ .

---

(١) راجع الأم جـ٦ ص ١٤٩

وجاء في حاشية الدسوقي : ولو خرج كل واحد منهم من الحرز حاملا لشئ دون الآخر ، وهم شركاء فيما أخرجوه- لم يقطع منهم إلا من أخرج ما قيمته ثلاثة دراهم[1]أهـ.

وجاء في الهداية : والقياس أن يقطع الحامل وحده، وهو قول زفر رحمه الله[2]. أهـ.

المذهب الثاني:

وعليه أبو حنيفة وأصحابه والإمام أحمد وأصحاب هذا المذهب يرون أن القطع على الجميع. [3]

جاء في الهداية : إذا دخل الحرز جماعة فتولى بعضهم الأخذ قطعوا جميعا[4]أهـ.

وجاء في المغني لابن قدامة : وإن دخلوا جميعا فأخرج أحدهم المتاع وحده ، فقال أصحابنا القطع عليهم[5].أهـ.

---

(١) راجع حاشية الدسوقي على الشرح الكبير جـ٤ ص ٣٣٥ ط عيسى البابي الحلبي وأولاده — مصر.

(٢) راجع الهداية جـ٥ ص ٣٨٩

(٣) راجع فتح القدير على الهداية جـ٥ ص ٣٨٩، المغني لابن قدامة جـ٩ ص ١٤١

(٤) راجع الهداية جـ٥ ص ٣٨٩

(٥) راجع المغني لابن قدامة جـ٩ ص ١٤١

الأدلة

١- استدل أصحاب المذهب الأول:

على مذهبهم القائل بأن القطع على المخرج فقط بالقياس الظاهر.

وجه القياس:

أن الإخراج قد وجد منه وحده والسرقة تمت به فكان هو السارق وحده، وإنما القطع على السارق فلا يقطع غير المخرج ، وكذلك إذا أخرج كل منهم شيئا لا يجب فيه القطع لا يقطع لأنه لم يتحقق شرط القطع[1].

٢- استدل أصحاب المذهب الثاني:

على مذهبهم القائل بأن القطع على الجميع استدلوا بالاستحسان.

ووجه الاستحسان:

أن إخراج المتاع من الحرز- وإن قام به البعض لكنه في المعنى يعتبر من الكل لتعاونهم واشتراكهم فى هتك الحرز إذا المعتاد فيما بينهم أن يحمل البعض المتاع، ويتهيأ الباقون للدفاع والحماية. فإذا امتنع القطع في هذه الصورة باعتبار الشبهة أدى إلى سد باب الحدود[2].

---

(١) راجع مغني المحتاج جـ٤ ص ١٧٢، شرح الزرقاني على الموطأ جـ٥ ص ١١٧، الهداية جـ٥ ص ٣٨٩

(٢) راجع البناية على الهداية جـ٥ ص ٥٧٩ ط دار الفكر، فتح القدير على الهداية جـ٥ ص ٣٨٩ وما بعدها، العناية على الهداية جـ٥ ص ٣٨٩

جاء في المغني لابن قدامة: أنهم اشتركوا في هتك الحرز وإخراج المتاع فلزم القطع كما لو حملوه جميعا[1]أهـ.

وجاء في الهداية: ولنا أن الإخراج من الكل معنى للمعاونة كما في السرقة الكبرى، وهذا لأن المعتاد فيما بينهم أن يحمل البعض المتاع ويتشمر الباقون للدفع فلو امتنع القطع لأدى إلى سد باب الحد[2]أهـ.

هذا وبعد عرض ما قاله العلماء وأدلة كل فريق يتبين لنا أن الراجح قول أصحاب المذهب الثاني القائل بأن القطع على الجميع، وذلك حتى لا يؤدي الاشتراك إلى الإفلات من العقاب، وتضيع الحقوق وتعطيل الحدود .

---

(١) راجع المغني لابن قدامة جـ٩ ص ١٤١

(٢) راجع الهداية جـ٥ ص ٣٩٠، العناية على الهداية جـ٥ ص ٣٧٩

المسألة الثامنة

اختلاف شهود الزنا في مكان الفعل

اتفق العلماء على أنه إذا اختلف شهود الزنا . فشهد اثنان أنه زني بها في بلد كذا واثنان في بلد كذا، أو أنه زني بها في بيت، وشهد الآخران أنه زنى بها في بيت آخر.

فالاتفاق على أن هذه البينة لا تقبل، ولا يقام على المتهمين الحد، وكذلك إذا شهد اثنان أنه زنى بها في زاوية بيت، وشهد الآخران أنه زنى بها فى زاوية أخرى وكانت الزاويتان متباعدتين.

وأما إذا شهد اثنان أنه زنى بها في هذه الزاوية من البيت، وشهد آخران أنه زنى بها في زاوية أخرى ، وكان البيت صغيرا ضيقا، والزوايا متقاربة. فقد اختلفوا في ذلك على مذهبين أذكرهما فيما يلي .

المذهب الأول:

وعليه جمهور المالكية والشافعية . وزفر من الحنفية وأصحاب هذا المذهب يرون أن هذه الشهادة لاتقبل، ولا يثبت بها الحد[1].

جاء في بداية المجتهد: وجمهورهم على أن من شرط هذه الشهادة أن لاتختلف لا في زمان ولا مكان ألا ما حكى عن أبي حنيفة من مسألة

---

(1) راجع بداية المجتهد جـ٦ ص ١٣٥، مغني المحتاج جـ٤ ص ١٥١

الزوايا المشهورة، وهو أن يشهد كل واحد من الأربعة أنه رآها في ركن البيت يطؤها غير الركن الذي رآها فيه الآخر[1] أهـ.

وجاء في مغني المحتاج : ولو عين شاهد من الأربعة زاوية من زوايا البيت لزناه، وعين الباقون منهم زاوية غيرها لم يثبت الحد[2] أهـ.

المذهب الثاني:

وعليه الإمام أبو حنيفة وأصحابه والإمام أحمد – رحمهم الله تعالى – وأصحاب هذا المذهب يرون أنه تقبل هذه الشهادة ويقام عليهما الحد.

جاء في بدائع الصنائع : ولو شهد اثنان أنه زنى في هذه الزاوية من البيت، وشهد اثنان أنه زنى في هذه الزاوية الأخرى منه يحد المشهود عليه[3] أهـ.

وجاء في المغني لابن قدامة: وإن شهد اثنان أنه زنا بها في زاوية بيت، وشهد اثنان أنه زنى بها في زاوية أخرى منه وكانت الزاويتان متقاربتين كملت شهادتهم وحد المشهود عليه[4] أهـ.

---

(1) راجع بداية المجتهد جـ٢ ص ١٣٥

(2) راجع مغني المحتاج جـ٤ ص ١٥١

(3) راجع بدائع الصنائع جـ٧ ص ٤٩

(4) راجع المغني لابن قدامة جـ٩ ص ٧٤

الأدلـــة

١- استدل أصحاب المذهب الأول:

الذين قالوا برد هذه الشهادة وعدم ثبوت الحد بها.

فقالوا : إن الاختلاف في المكان كالاختلاف في الزمان، والاتفـاق على أن الاختلاف في الزمان يؤثر في رد الشهادة فكذلك الاختلاف فـي المكان ، كما أن الاختلاف يورث شـبهة، والحـدود تـدرأ بالشـبهات، والشارع تشدد في إثبات هذا الحد أكثر من غيره[١].

جاء في مغني المحتاج لأنهم لم يتفقوا على زنية واحدة فأشبه مـا لو قال بعضهم زنى بالغداة، وبعضهم بالعشي[٢] أهـ.

وجاء في بداية المجتهد : وسبب الخـلاف هـل تلفـق الشـهادة المختلفة بمكان أم لا تلفق كالشهادة المختلفة بالزمان؟ فأجمعوا على أنـها لا تلفق والمكان أشبه شئ بالزمان، والظاهر من الشـرع قصـده إلـى التوثيق في ثبوت هذا الحد أكثر منه في سائر الحدود[٣] أهـ.

وجاء في الرسالة : وأي استحسان في سـفك دم امـرئ مسـلم. وأشار بذلك إلى إيجـاب الحـد علـى المشـهود عليـه بـالزني فـي الزوايا[٤]أهـ.

---

(١) راجع الفقه الإسلامي للدكتور / وهبة الزحيلي جـ٦ ص ٥٠ وما بعدها.

(٢) راجع مغني المحتاج جـ٤ ص ١٥١

(٣) راجع بداية المجتهد جـ٢ ص ١٣٥

(٤) راجع الرسالة ص ٥٠٥

وجاء في نفائس الأصول : قولهم في شهود الزنى وجب الرجم استحسانا والقياس يقتضي وجوب الحد، فلم يساعدهم دليل شرعي لأنه تعذر إيراد شهادتهم على زنية واحد ، فصار كما لو شهدوا على الزنى في بيوت فإنه لا يثبت الحد اتفاقا، وليس لهم أن يقولوا. استحسان تصديق الشهود، لأن تصديق الشهود لا يقتضي الحد جزما[1] أهـ.

وجاء في المستصفى ردا على القائلين بالاستحسان وتفريعهم هذه المسألة وهذا هوس، لأنا نصدقهم ، ولا نرجم المشهود عليه. كما لو شهد ثلاثة ، وكما لو شهدوا في دور، وندرأ الرجم من حيث لم نعلم يقينا اجتماع الأربعة على شهادة واحدة فدرأ الحد بالشبهة أحسن[2].أهـ.

٣- استدل أصحاب المذهب الثاني:

على مذهبهم القائل بقبول الشهادة وإقامة الحد عليهما بالاستحسان

ووجه الاستحسان:

أنهم اتفقوا في شهادتهم على فعل واحد حيث نسبوه إلى بيت واحد صغير -والكلام فيه- ثم إن تعيينهم زواياه واختلافهم فيها لا يوجب تعدد الفعل، لأن البيت إذا كان صغيرا- والفعل وسطه- فكل من كان في جهة يظن أنه إليه أقرب- فيقول إنه في الزاوية التي تليه، وعلى هذا يكون اختلافهم صورة لا حقيقة ، وعلى فرض أن اختلافهم في الزوايا فالفعل

---

(١) راجع نفائس الأصول في شرح المحصول جـ٩ ص ٤٠٣٦ وما بعدها.

(٢) راجع المستصفى جـ١ ص ١٣٩

واحد، وذلك بغرض أن ابتداء الفعل منهما كان في زاوية، ثم صار إلى أخرى بتحركهما أثناء الفعل، وذلك ممكن لصغر المكان[1].

جاء في الهداية، وإن اختلفوا في بيت واحد حد الرجل والمرأة ومعناه أن يشهد كل اثنين على الزنى في زاوية، وهذا استحسان . والقياس أن لا يجب الحد لاختلاف المكان حقيقة[2].أهـ

وجه الاستحسان:

أن التوفيق ممكن بأن يكون ابتداء الفعل في زاوية والانتهاء في زاوية أخرى منه لانتقالهما منه واضطرابهما فلم يختلف المشهود به فتقبل شهادتهم[3].

وجاء في المغني لابن قدامة : ولنا أنهما إذا تقاربتا أمكن صدق الشهود، بأن يكون ابتداء الفعل في أحدهما وتمامه في الأخرى ،أو ينسبه كل اثنين إلى إحدى الزاويتين لقربه منهما، فيجب قبول شهادتهم كما لو اتفقوا[4] أهـ.

والظاهر من الكلام السابق أن اختلاف الشهود في المكان لا يؤثر في الشهادة، ولا يورث شبهة فلا يدرأ الحد عن المشهود عليهما عند أصحاب هذا المذهب.

---

(1) راجع فتح القدير على الهداية جـ٥ ص ٢٨٦ وما بعدها، بدائع الصنائع جـ٧ ص ٤٩، العناية على الهداية جـ٥ ص ٢٨٦

(2) راجع الهداية جـ٥ ص ٢٨٦

(3) راجع المرجع السابق.

(4) راجع المغني لابن قدامة جـ٩ ص ٧٤

هذا وبعد عرض ما قاله الفريقان ، وأدلة كل فريق يتبين لنا أن الراجح ما ذهب إليه أصحاب المذهب الأول وهم القائلون بعدم قبول هذه الشهادة ، وعدم ثبوت الحد بها. لأن اختلافهم في مكان أورث شبهة ، والحدود تدرأ بالشبهات، والشارع تشدد في إثبات هذا الحد أكثر من غيره.

المسألة التاسعة

تصدق بجميع ماله ولم ينو الزكاة

اتفق الفقهاء على أن النية شرط في أداء الزكاة تمييزا لـــها عـــن الكفارات ، وبقية الصدقات. لقول النبي ﷺ " إنما الأعمال بالنيـات " [١]. وأداؤها عمل، ولأنها عبادة كالصلاة فتحتاج إلى نية لتمييز الفرض عـــن النفل .

واختلفوا : فيمن وجبت عليه الزكاة، وتصدق بجميع ماله، ولم ينـو الزكاة هل يسقط عنه الواجب، أو يبقي في ذمته؟

اختلف العلماء في ذلك على مذهبين أذكرهما فيما يلي :

المذهب الأول:

وعليه – المالكية والشافعية والحنابلة. وهم يرون أن الإنسان لـــو تصدق بجميع ماله ولم ينو الزكاة لم تسقط عنه الزكاة ، كما لو وهبـــه أو أتلفه ، وكما لو كان عليه صلاة فرض فصلـــى مائـــة صـــلاة نافلـــة لا يجزئه[٢].

---

(١) هذا الحديث أخرجه البخاري ومسلم من طريق عمر بن الخطاب عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : " إنما الأعمال بالنيات ولكل أمرئ ما نوى فمن كانت هجرته إلى الله ورسوله فهجرته إلى الله ورسوله ومن كانت هجرته لدنيـا يصيبها أو امرأة يتزوجها فهجرته إلى ماهاجر إليه " (راجع صحيح البخاري جـ٤ ص ٢٨٤ ط نهضة مصـــر ، صحيح مسلم بشرح النووي جـ١٣ ص ٥٣ ط دار إحياء التراث العربي).

(٢) راجع الشرح الصغير جـ١ ص ٦٦٦ وما بعدها ط دار المعارف- مصر ، قوانين الأحكام الفقهية ص ٩٥ ط عـلم الفكر- القاهرة، المجموع شرح المهذب جـ٦ ص ١٨٥، المغني لابن قدامة جـ٢ص ٥٠٦

المذهب الثاني:

وعليه الحنفية، وهم يرون أن الإنسان لو تصدق بجميع ماله ولم ينو الزكاة سقط فرضها عنه استحسانا بشرط ألا ينوي بها واجبا آخر من نذر أو غيره[١].

الأدلــة

استدل أصحاب المذهب الأول:

على مذهبهم القائل بعدم سقوط الزكاة عنه فقالوا : إنه لا تسقط عنه لأنه لم ينو بما دفعه الفرض فلم يسقط عنه، وقاسوا ذلك على الصلاة. فإنه لو صلى ما شاء أن يصلى ولم ينو الفرض لا يسقط عنه ما لم يصله بنية الفرض، والصدقة تصلح فرضا وتطوعا فلا بد من التعيين[٢].

جاء في المغني لابن قدامة : لو تصدق بجميع ماله تطوعا، ولم ينو الزكاة لم يجزئه ولا يصلح لأنه لم ينو به الفرض فلم يجزئه. كما لو تصدق ببعضه، وكما لو صلى مائة ركعة ولم ينو الفرض بها[٣] أهـ.

---

(١) راجع فتح القدير على الهداية جـ٢ ص ١٧٠، العناية على الهداية جـ٢ ص ١٧٠، الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور / وهبة الزحيلي جـ٣ ص ٨١٠ وما بعدها ط دار الفكر.

(٢) راجع المجموع شرح المهذب جـ٦ ص ١٨٥، الشرح الصغير جـ١ ص ٦٦٦ وما بعدها ، قوانين الأحكام الفقهية ص ٩٥

(٣) راجع المغني لابن قدامة جـ٢ ص ٥٠٦

٣- استدل أصحاب المذهب الثاني:

وهم الحنفية على مذهبهم القائل : بسقوط فرض الزكاة عنه استحسانا.

ووجه الاستحسان:

أن الواجب جزء من ماله، وهو ربع العشر فكان متعينا في الجميع، والمتعين لا يحتاج إلى التعيين، لأن الفرض أنه دفع الكل، والحاجة إلى تعيين الفرض للمزاحمة بين الجزء المؤدي وسائر الأجزاء، وبأداء الكل لله تعالى تحقق أداء الجزء الواجب [1].

هذا وبعد عرض ما قاله العلماء وأدلة الفريقين يتبين لنا أن الراجح هو قول . جمهور العلماء القائل بعدم سقوط الفرض عنه إن لم ينو الزكاة، لأن العبادات جميعها لابد فيها من النية.

---

(١) راجع العناية على الهداية جـ٢ ص ١٧٠، فتح القدير مع الهداية جـ٢ ص ١٧٠، الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور/وهبة الزحيلي جـ٣ص ٨١٠ وما بعدها.

المسألة العاشرة
في
محاذاة الرجل المرأة في الصلاة

اتفق الفقهاء على أن السنة – فيما إذا اجتمع في صلاة الجماعة رجال ونساء– أن يصف النساء خلف الصفوف.

واختلفوا فيما إذا صلت امرأة في صف الرجال، أو رجل في صف النساء على مذهبين أذكرهما فيما يلي :

المذهب الأول:

وعليه الإمام أبو حنيفة وأصحابه: وهم يرون أنه تفسد صلاة من حاذته المرأة من الرجال. ولا تفسد صلاة المرأة[1]. إذا تحققت شروط المحاذاة وهي : أن ينوي الإمام إمامتها، وأن تكون الصلاة مشتركة، وأن تكون مطلقة ، وأن تكون المرأة من أهل الشهوة ، وأن لا يكون بينهما حائل .

المذهب الثاني:

وعليه الأئمة الثلاثة – مالك والشافعي وأحمد وهم يرون أن محاذاة الرجل المرأة في الصلاة فإنه يكره ولا تفسد صلاة أحد من النساء أو الرجال.

---

(1) راجع مذهب الحنفية ، وما قيل في شروط المحاذاة في الهداية وشروحها جـ١ ٣٦٠ وما بعدها، البناية جـ٢ ص ٣٣٣ وما بعدها.

جاء في الشرح الكبير. يكره صلاة رجل بين صفـــوف النســاء، وكذا محاذاته لهن بأن تكون امرأة عن يمينه وأخرى عن يساره، ويكـــره صلاة النساء بين صفوف الرجال ، وكذا محاذاتها لهم[1] أهـــ.

وجاء في الأم: ولو أن رجلا أم رجالا ونساء فقام النســاء خلــف الإمام ، أو الرجال خلفهن أو قام النساء حذاء الإمام فائتمن به، والرجال إلى جنبهن كرهت ذلك للنساء والرجال والإمام، ولم تفســد على واحـــد منهم صلاته[2]أهـــ.

وجاء في المغني لابن قدامة : وإن وقفت المرأة في صف الرجــال كره، ولم تبطل صلاتها، ولا صلاة من يليها[3]أهـــ.

الأدلة

١- استدل أصحاب المذهب الأول:

على مذهبهم القائل بفساد صلاة من حاذته المرأة من الرجــال، ولا تفسد صلاة المرأة . استدلوا على ذلك بالاستحسان.

ووجه الاستحسان:

أن في المحاذاة ترك فرض مقام الإمام ، ومن ترك فرض المقـــام فسدت صلاته ، أما أنه ترك فرض المقام فلأن تأخير المرأة فرض علــى

---

(١) راجع الشرح الكبير جـــ١ ص ٣٣١ ط دار إحياء الكتب العلمية عيسى البابي الحلبي وشركاه .

(٢) راجع الأم جـــ١ ص ١٥٠

(٣) راجع المغني لابن قدامة جـــ٢ ص ١٥٠

الرجل في صلاة يشتركان فيها . لما روى عن عبد الله بن مسعود ﷺ أن رسول الله ﷺ قال "أخروهن من حيث أخرهن الله"[١].

أمر الرجال بالتأخير ولا مكان يجب تأخيرهن في غير الصلاة فتعين التأخير فيها، كما أن المرأة لا ينسب إليها تقصير كالمأموم إذا تقدم على الإمام ومن هنا قلنا . بفساد صلاة الرجل دون المرأة .

اعترض على ذلك:

بأن الخبر الذي استدللتم به خبر واحد لا يثبت به الفرض فكيف أثبتم به فرض القيام

أجيب على ذلك:

بأن هذا الخبر من الأخبار المشهورة ، وليس من أخبار الآحاد ، فيجوز به الزيادة على الكتاب، ولئن سلمنا ذلك فلا نسلم أن الفرض يثبت به ابتداء بل يثبت باعتبار أنه وقع بيانا لما تضمنه كتاب الله تعالى في قوله : ﴿ **وللرجال عليهن درجة** ﴾ [٢]. فألحق بالكتاب فأخذ حكمه[٣].

---

(١) قال العجلوني عن هذا الحديث أخرجه الطبراني من قول ابن مسعود من حديث مطول وفيه. كان الرجل والمرأة في بني إسرائيل يصلون جميعا ثم كانت المرأة إذا كانت لها خليل تلبس القالبين فتقوم عليهما فتواعد خليلها فكان ابن مسعود يقول " أخروهن من حيث أخرجهن الله " قيل فما القالبان ؟ قال : أرجل من خشب يتخذهـا النساء يتشرفن الرجال في المساجد. والصحيح أنه موقوف على ابن مسعود، وقال الزيلعي في نصب الراية حديث غريب (راجع كشف الخفاء جـ١ ص ٦٩ الناشر مكتبة التراث الإسلامي، نصب الراية جـ٢ ص٣٦ ط دار المأمون بشبرا.

(٢) سورة البقرة من الآية ٢٢٨

(٣) راجع أدلة الحنفية في البناية جـ ٢ ص ٣٣٣ وما بعدها ، والعناية جـ١ ص ٣٦١، الهداية جـ١ ص ٣٦٠ وما بعدها.

٣- استدل أصحاب المذهب الثاني:

على مذهبهم القائل بأن محاذاة الرجل المرأة في الصلاة يكره، ولا تفسد صلاة أحد من النساء أو الرجال: استدلوا بالقياس هاك بيانه:

قياس حال الصلاة على ما لو وقفت في غير صلاة ، فإنه لاتبطل صلاته بالإجماع. فقد ثبت أن الرسول ﷺ كان يصلى وعائشة[١] رضى الله عنها نائمة بين يديه[٢] فكذلك في الصلاة[٣].

أجيب عن ذلك:

بأنه لا يلزم من عدم فساد صلاتها عدم فساد صلاته لأنه هو المخاطب بقوله ﷺ " أخروهن " دون المرأة فيكون هو التارك لفرض المقام فتفسد صلاته دون صلاتها، كالمأموم إذا تقدم على الإمام[٤].

هذا وبعد عرض ما قاله العلماء وأدلة كل فريق يتضح لنا أن الراجح أن محاذاة المرأة الرجل في الصلاة تفسد صلاته دون صلاتها .

---

(١) هي أم المؤمنين رضى الله عنها بنت أبي بكر الصديق رضي الله عنه تزوجها النبي ﷺ بمكة قبل الهجرة بثلاث سنوات وتوفيت في خلافة معاوية سنة ٥٨هـ ولها سبع وستون سنة ودفنت بالبقيع (راجع أسد الغابة جـ٧ ص ١٨٨ ط الشعب، الإصابة جـ١٣ ص ٣٨ لناشر الكليات الأزهرية

(٢) ولفظ الحديث أن النبي ﷺ كان يصلى صلاته من الليل وعائشة معترضة بين يديه اعتراض الجنازة (راجع مسند أحمد جـ٦ص٣٧٥، سنن أبي داود جـ١ ص ١٨٩ كتاب الصلاة- باب من قال المرأة لاتقطع الصلاة.

(٣) راجع الأم جـ١ ص ١٥٠، والمغني لابن قدامة جـ٢ ص ١٥٠، الشرح الكبير ص ٣٣١

(٤) راجع العناية على الهداية جـ١ ص ٣٦٢

بالشروط السابق ذكرها. لأن تأخير المرأة في الصلاة المشتركة فرض بدلالة الإجماع.

المسألة الحادية عشرة
في
طهارة خرء الحمام والعصفور

إذا وقع في البئر خرء الحمام[1] والعصفور هل يفسد الماء ؟ أم لا، وهل هذا الخرء طاهر أم نجس ؟ اختلف العلماء في ذلك على مذهبين أذكرهما فيما يلي:

المذهب الأول:

وعليه الحنفية والمالكية والظاهرية، والمستفاد من كلام الحنابلة وأصحاب هذا المذهب يرون أن خرء الحمام والعصفور طاهر، فلو وقع في البئر لا يفسد الماء، ويكون طاهرا[2].

جاء في الهداية: فإن وقع فيها خرء الحمام أو العصفور لا يفسده[3]. أهـ.

---

(1) خرء الحمام بضم الخاء والراء- العذرة — وجمعه خروة مثل جند وجنود والحمامة عند العرب ذوات الأطواق، وعند العامة هي الدواجن فقط ، ويجمع حمامات وحمائم (راجع المصباح المنير جـ١ ص ١٦٧، البناية على الهداية جـ١ ص ٣٩٢

(2) راجع البناية على الهداية جـ١ ص ٣٩٢، العناية على الهداية جـ١ ص ١٠٠ ، القوانين الفقهية ص ٣٥، المحلى لابن حزم جـ١ ص ١٩١ ط دار الفكر، المغني لابن قدامة جـ١ ص ٣٠

(3) راجع الهداية وشروحها جـ١ ص ١٠٠

وجاء في تبيين المسالك: وأما فضلات مباح الأكل فطاهر[1].أهـ.

وجاء في المحلي لابن حزم : وونيم[2] الذباب والبراغيث والنحل وبول الخفاش إن كان لا يمكن التحفظ منه، وكان في غسله حرج أو عسر لم يلزم من غسله إلا ما لا حرج فيه ولا عسر[3]. أهـ.

المذهب الثاني:

وعليه الشافعية وهم يرون أن خرء الحمام والعصفور نجس فلو وقع في البئر يفسد الماء، ويكون الماء نجسا[4].

الأدلة

١- دليل المذهب الأول:

استدل أصحاب المذهب الأول على مذهبهم القائل بطهارة خرء الحمام والعصفور بالاستحسان.

ووجه الاستحسان ما يلي:

أ-ماروى أن النبي ﷺ شكر الحمامة وقال " إنها أوكرت على باب الغار حتى سلمت فجازاها الله تعالى بأن جعل المساجد مأواها"[5].

---

(١) راجع تبيين المسالك جـ١ ص ١٢٤ ط دار الغرب الإسلامي.

(٢) بفتح الواو وكسر النون وآخره ميم وهو خرء الذباب (راجع المصباح المنير جـ٢ ص ٦٧٣)

(٣) راجع المحلي لابن حزم جـ١ ص ١٩١

(٤) راجع مغني المحتاج جـ١ص ١٨٨،التهذيب في فقه الإمام الشافعي جـ١ص ١٨٣ط دار الكتب العلمية بيروت-لبنان.

(٥) لم يوجد في كتب الحديث وجاء بنصه في البداية والنهاية جـ٣ ص ١٨٢ ط مكتبة المعارف- بيروت - لبنان.

وفي ذلك دلالة ظاهرة على عدم نجاسة خرء الحمام والعصفور.

ب- فإن الصدر الأول ومن بعدهم أجمعوا على اقتناء الحمامات في المساجد – حتى المسجد الحرام – مع ورود الأمر بتطهيرها[1] لقوله تعالى: ﴿**وعهدنا إلى إبراهيم وإسماعيل أن طهرا بيتي للطائفين والعاكفين والركع السجود**﴾[2].

٣- دليل المذهب الثاني:

استدل أصحاب المذهب الثاني على مذهبهم القائل بعدم طهارة خرء الحمام والعصفور بالقياس.

ووجه القياس:

أن خرء الحمام والعصفور متحول إلى نتن وفساد. فإن ما يحيله الطبع من الغذاء على نوعين.

- نوع يحيله إلى نتن وفساد كالبول والغائط وهو نجس بالاتفاق.
- ونوع يحيله إلى صلاح كالبيض واللبن والعسل، وخرء الحمام والعصفور من النوع الأول فأشبه خرء الدجاجة وهو نجس بالاتفاق[3].

---

(1) راجع دليل الحنفية في البناية على الهداية جـ١ص٣٩٢،فتح القدير على الهداية جـ١ص١٠٠،العناية جـ١ص١٠٠

(2) سورة البقرة من الآية ١٢٥

(3) راجع دليل الشافعية في التهذيب في فقه الإمام الشافعي جـ١ص ١٨٣، مغني المحتاج جـ١ ص ١٨٨

أجيب على ذلك:

بأن موجب التنجس النتن والفساد، والنتن هنـــا غــير موجــود ، وانتفاء الجزء يستلزم انتفاء الكل، فإن قال : الفساد وحده مما يوجبه قلنـا: منقوض بالمني فإنه قد فسد وهو طاهر، وسائر الأطعمة تفســد بطــول المكث ولا تنجس، على أنه إن تنجس فيما نحن فيه سقط بالضرورة[1].

هذا وبعد عرض أقوال العلماء، وأدلة الفريقيـــن يتبيــن لنــا أن الراجح هو المذهب الأول القائل. بطهارة خرء الحمام والعصفــور، لأن الضرورة تقضي بذلك لأن هذا مما يصعب الاحتراز عنه.

(1) راجع البناية على الهداية جـ١ ص ٣٩٤، العناية على الهداية جـ١ ص ١٠٠

المسألة الثانية عشرة
في
حدوث عيب في الأضحية

الأضحية لغة : اسم لما يضحي به أو لما يذبح أيام عيد الأضحى[1].

واصطلاحا : هي ذبح حيوان مخصوص بنية القربة في وقت مخصوص، أو هي ما يذبح من النعم تقربا إلى الله تعالى في أيام النحر[2].

والأضحية عند الجمهور سنة مؤكدة، ويكره تركها للقادر عليها، وعند الحنفية هي واجبة في كل عام على المقيمين من أهل الأمصار.

واتفق الفقهاء على أن المعيبة لا تجزئ في الأضحية، وإن اختلفوا في العيوب التي تمنع الجواز[3].

فإذا اشترى شاة للأضحية- وهي سليمة من العيوب- ثم تعيبت قبل الذبح فهل تجزئ في الأضحية إذا ذبحها بعد حدوث العيب أم لا ؟ اختلف الفقهاء في هذه المسألة على أربعة مذاهب ولكثرة هذه المذاهب سأذكر كل مذهب ودليله بعده حتى يتبين المقصود ، ويكون قريبا لفهم كل مذهب ودليله.

---

(1) راجع مختار الصحاح ص ٣٧٨، القاموس المحيط جـ٣ ص ٣٥٦، المصباح المنير جـ٢ ص ٣٥٩.

(2) راجع تبيين الحقائق جـ٦ ص ٢ ، تكملة فتح القدير جـ٩ ص٥٠٥

(3) راجع الأم جـ٢ ص ٢٢١، بداية المجتهد جـ١ ص ٤٢٩، المجموع شرح المهذب جـ٨ ص ٣٨٢، المغني لابن قدامة جـ٣ ص ٥٨١، اللباب في شرح الكتاب جـ٣ ص ٢٣٢ ط دار الحديث — لبنان، تبيين الحقائق جـ٦ ص ٢ ، تكملة فتح القدير جـ٩ ص ٥٠٩.

المذهب الأول : وعليه الحنفية- عدا زفر- وهم يـرون أن الأضحيـة إذا تعيبت عند معالجة الذبح وذبحها أجزأته.

جاء في بدائع الصنائع: ولو قدم أضحية ليذبحها فاضطربت فـي المكان الذي يذبحها فيه فانكسرت رجلها ، ثم ذبحها أجـزأه، وكذلـك إذا انقلبت منه الشفرة فأصابت عينها فذهبت أهـ[1].

وجاء في الهداية : ولو أضجعها فاضطربت فانكسـرت رجلـها فذبحها أجزأه استحسانا أهـ[2].

دليل هذا المذهب : استدل أصحاب هذا المذهب بالاستحسان.

ووجه الاستحسان : أن حالة الذبح ومقدماته ملحقة بالذبح. فكأن العيـب حصل بالذبح- اعتبارا وحكما- فلم يمنـع الأجـزاء ، كمـا أن الشـاة تضطرب عند الذبح فتلحقها العيوب من اضطرابها وهذا ممـا لا يمكـن الاحتراز عنه[3].

المذهب الثاني : وعليه زفر من الحنفية - والمستفاد من كـلام الإمـام الشافعي وأصحاب هذا المذهب يرون أن الأضحية لو تعيبت قبل الذبح لم تجزئه، غير أن الإمام الشافعي. فرق بين ما إذا أوجبها على نفسه وهـي

---

(1) راجع بدائع الصنائع جـ٥ ص ٧٦

(2) راجع الهداية وشروحها جـ٩ ص ٥١٦

(3) راجع المرجعين السابقين.

سليمة ثم تعيبت أجزأته ، وبين ما إذا لم يوجبها، وتعيبت ثم ذبحـــها لـــم تكن أضحية[1].

جاء في الأم : وإذا اشترى الرجل الضحية فلـــم يوجبـــها حتـــي أصابها مالا تجوز معه- بحضرة الذبح قبل أن يذبحها، أو قبل ذلك. لـــم تكن أضحية، ولو أوجبها سالمة ثم أصابها ذلك، وبلغت أيـــام الأضحـــى ضحى بها وأجزأت عنه[2] أهـــ.

دليل هذا المذهب : استدل أصحاب هذا المذهب بالقياس.

ووجه القياس : أن العيب الذي لحق بالأضحية في حالة الذبح لحقها قبـلى تعيين القربة فيها ، فصار كما لو كان قبل حالة الذبح[3].

المذهب الثالث : وعليه المالكية – وهم يرون أن الأضحية إذا تعيبت قبل الذبح لا تجزئ مطلقا.

جاء في الشرح الكبير :أو تعيبت حالة الذبح عيبا يمنع الإجـــزاء، كما إذا أضجعها للذبح فاضطربت فانكسرت رجلها، أو أصابت الســـكين عينها ففقأتها قبل تمام فرى الحلقوم والودجين[4] أهـــ.

---

(1) راجع الهداية مع العناية جــ٩ ص ٥١٦، بدائع الصنائع جــ٥ ص ٧٦، مغني المحتاج جــ٤ ص ٢٨٦

(2) راجع الأم جــ٢ ص ١٩٠

(3) راجع الهداية مع العناية جــ٩ ص٥١٦ ، بدائع الصنائع جــ٥ ص٧٦، نغني المحتاج جــ٤ ص٢٨٦ .

(4) راجع الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي جــ٢ ص ١٢٤ وما بعدها.

دليل هذا المذهب: استدل أصحاب هذا المذهب بقوله ﷺ "أربع لاتجـزئ في الأضاحي . العوراء البين عورهـا، والمريضـة البيـن مرضـها، والعرجاء البين عرجها، والعجفاء التي لا تنقي"[1].

وجه الدلالة : فقد أوضح الحديث أن الأضحية إذا كانت معيبة لا تجزئ.

المذهب الرابع : وعليه الحنابلة ونسب إلى الإمام الشافعي وأصحاب هـذا المذهب يرون أن الأضحية إذا تعيبت بفعله لم تجزئه وأما إذا حدث فيـها العيب دون فعله أجزأه[2].

جاء في المغني لابن قدامة : وإن تعيبت بفعلة فعلية بدلـها، وبـه قال الشافعي[3] أهـ.

دليل هذا المذهب : استدل أصحاب هذا المذهب فقالوا : إنه عيب أحدثـه بها قبل ذبحها، فلم تجزئه كما لو كان قبل معالجة الذبح[4].

هذا وبعد عرض أقوال العلماء وأدلة كل قول يتبين لنا أن الراجـح هو المذهب الأول القائل. بأن الأضحية إذا تعيبت عنـد معالجـة الذبـح

---

(1) هذا الحديث أخرجه الترمذي وابن ماجة والصنعاني من طريق البراء بن عازب بنفس اللفظ (راجع سنن الـترمذي جـ٤ ص ٨٦ باب ما لايجوز من الأضاحي وقال عنه حسن صحيح، وقال العجفاء أى الضعيفة الهزيلة- لا تنقـى أي ذهب مخ عظمها من شدة الهذال، سنن ابن ماجة جـ٢ ص ١٠٥ رقم ٣١٤٤، سبل السلام جـ٤ ص ٩٤.

(2) راجع المغني لابن قدامة جـ٩ ص ٤٤٣ وما بعدها.

(3) راجع المغني لابن قدامة جـ٩ ص ٤٤٣ وما بعدها.

(4) راجع المرجع السابق.

وذبحها أجزأته ، لأن ما يحدث عند الذبح من اضطـــراب الشـــاة ممـــا يصعب الاحتراز عنه، كما أن النية قد توافرت عند شراء الأضحية قبـــل الذبح فقلنا بالإجزاء.

المسألة الثالثة عشرة
القبول ليس ركنا في الهبة

هل تنعقد الهبة بالإيجاب من الواهب فقط ؟ أم لا بد من الإيجاب من الواهب والقبول من الموهوب له. اختلف الفقهاء في ذلك على مذهبين أذكرهما فيما يلي:

المذهب الأول: وعليه الجمهور من الحنفية- وهو المستفاد من كلام الحنابلة. وأصحاب هذا المذهب يرون أن الهبة تنعقد بالإيجاب من الواهب فقط، وأما القبول من الموهوب له فليس بركن استحسانا[1].

جاء في بدائع الصنائع : أما ركن الهبة فهو الإيجاب من الواهب فأما القبول من الموهوب له فليس بركن استحسانا[2] أهـ.

وجاء في حاشية ابن عابدين : أن كل عقد يتولاه الواحد يكتفي فيه بالإيجاب[3]أهـ.

وجاء في المعني لابن قدامة : وقرائن الأحوال ودلالتها تغني عن لفظ القبول[4] أهـ.

---

(1) راجع تكملة فتح القدير جـ٩ ص ٢٠، الهبة والوصية لأستاذنا الدكتور/ محمود على ص ٧ ط دار الهدى، الفقه الواضح للدكتور/ محمد بكر إسماعيل جـ٢ ص ٥٩٨ ط دار المنار للنشر والتوزيع .

(2) راجع بدائع الصنائع جـ٦ ص ١١٥

(3) راجع حاشية ابن عابدين جـ٨ ص ٤٥٠ ط الباني الحلبي واولاده مصر.

(4) راجع المغني لابن قدامة جـ٦ ص ٥٠

المذهب الثاني : وعليه الشافعية والمالكية- وزفر من الحنفية - وأصحاب هذا المذهب يرون أن قبول الموهوب له الشئ الموهوب يعتبر ركنا في الهبة قياسا، ومن هنا لاتصح الهبة إلا بإيجاب وقبول غير أن الشافعية يستثنون بعض المسائل التي لا يحتاج فيها إلى قبول كالهبة الضمنية ، كأن يقول لغيره اعتق عبدك عنى ففعل فيدخل في ملكة هبة ويعتق عليه ولا يحتاج للقبول(١).

جاء في مغني المحتاج : وشرط الهبة إيجاب وقبول لفظا(٢) أهـ.

وجاء في حاشية الدسوقي : قبول الموهوب له الشئ الموهوب ركنا في الهبة أي شرط في صحتها فتبطل الهبة بعدمه(٣) أهـ.

وجاء في بدائع الصنائع : والقياس أن يكون ركنا . وهو قول زفر(٤) أهـ.

الأدلة

١- **دليل المذهب الأول :** استدل أصحاب المذهب الأول على مذهبهم القائل بعدم توقف الهبة على القبول بالاستحسان.

ووجه الاستحسان السنة والمعقول هاك بيانه

---

(١) راجع مغني المحتاج جـ٢ ص ٣٩٧، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير جـ٤ ص ١٠١، تكملة فتح القدير جـ٩ ص ٢٠

(٢) راجع مغني المحتاج جـ٢ ص ٣٩٧

(٣) راجع حاشية الدسوقي على الشرح الكبير جـ٤ ص ١٠١

(٤) راجع بدائع الصنائع جـ٦ ص ١١٥

أولا : الاستحسان بالسنة بما يلي :

أ- ماروي أن الصعب بن جثامة[١] أهدي إلى النبي ﷺ حمار وحش وهو بالأبواء فرده النبي ﷺ وقال " لولا أنا حرام وإلا لقبلنا[٢] " فقد أطلق الراوي اسم الإهداء على هذا التصرف بدون القبول ، والإهداء من ألفاظ الهبة.

ب- ما روي أن سيدنا أبا بكر ﷺ دعا سيدتنا عائشة رضى الله تعالى عنها في مرض موته فقال لها " إني كنت نحلتك جداد عشرين وسقاً من مالي بالعالية ، وإنك لم تكوني قبضتيه، ولا حرزتيه وإنما هو مال الوارث "[٣]. أطلق الصديق ﷺ اسم النحل بدون القبض والنحل من ألفاظ الهبة، فثبت أن الهبة في اللغة عبارة عن نفس إيجاب الملك، والأصل أن معنى التصرف الشرعي هو ما دل عليه اللفظ لغة بخلاف البيع فإنه اسم للإيجاب مع القبول، فلا يطلق اسم البيع لغة وشريعة على أحدهما دون الآخر ، فما لم يوجدا لا يتسم التصرف بسمة البيع.

ثانيا : وجه الاستحسان بالمعقول: إن الهبة عبارة عن مجرد إيجاب المالك من غير شريطة القبول، وإنما القبول والقبض لثبوت حكمها لا

---

(١) هو يزيد بن قيس بن ربيعة بن عبد الله بن يعمر الشداخ بن عوف بن كعب بن يعث بن أبي بكر بن عبد مناف بن كنانة الكناني الليثي، وكان الصعب يترل ودّان والأبواء في أرض الحجاز توفي في خلافة أبي بكر رضى الله عنه (راجع أسد الغابة جـ٣ ص ٢٠ ط الشعب)

(٢) هذا الحديث أخرجه البخاري في صحيحه من نفس الطريق بنفس اللفظ (راجع فتح الباري بشرح صحيح البخاري جـ٥ ص ٢٠٣- كتاب الهبة — باب قبول الهدية حديث رقم ٣٥٧٣)

(٣) راجع هذا الأثر في نيل الأوطار للشوكاني جـ٥ ص ٣٩٢ ط مصطفي البابي الحلبي — بمصر .

لوجودها في نفسها. فإذا نطق الواهب بلفظ الهبة فقد أتى بالهبة كما أن المقصود من الهبة هو اكتساب المدح والثناء بإظهار الجود والسخاء، هذا يحصل بدون القبول بخلاف البيع لوجود العوض من الجانبين[1].

٢- دليل المذهب الثاني: استدل أصحاب هذا المذهب القائل بتوقف الهبة على القبول بالقياس.

وجه القياس: أن الهبة تصرف شرعي- والتصرف الشرعي وجوده شرعا باعتباره، وهو انعقاده في حق الحكم، والحكم لا يثبت بنفس الإيجاب فلا يكون نفس الإيجاب هبة شرعا[2].

وتظهر ثمرة الخلاف السابق فيمن حلف لا يهب هذا الشئ لفلان فوهبه له فلم يقبل، فإنه يحنث عند أصحاب المذهب الأول استحسانا، وعند أصحاب المذهب الثاني لا يحنث ما لم يقبل قياسا[3].

هذا وبعد عرض أقوال العلماء وأدلة الفريقين يتبين لنا أن الراجح هو القول القائل بأن القبول شرط في صحة الهبة تحقيقا للرضا، ومنعا من وقوع الضرر على الموهوب له، فقد يكون في قبول الهبة مهانة

---

(1) راجع دليل مذهب الحنفية في بدائع الصنائع جـ٦ ص ١١٥، تكملة فتح القدير مع الهداية جـ٩ ص ٢٠، الفقه الواضح للدكتور محمد بكر إسماعيل جـ٢ ص ٥٩٨، الهبة والوصية للدكتور / محمود على ص ٧ وما بعدها.

(2) راجع دليل المذهب الثاني في مغني المحتاج جـ٢ ص ٣٩٧، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير جـ٤ ص ١٠١، بدائع الصنائع جـ٦ ص ١١٥

(3) راجع تكملة فتح القدير جـ٩ ص ٢٠ ، بدائع الصنائع جـ٦ ص ١١٥

تلحقه من قبل الواهب، أو من غيره، وقد يترتب عليها من الأمـــور مـــا يسئ إلى سمعته من أي وجه من الوجوه فلابد من اشتراط القبـــول فـــي صحة الهبة على ما قرره أصحاب المذهب الثاني وهم الشافعية والمالكيـة وبعض الحنفية.

المسألة الرابعة عشرة

في

هبة الدين لغير المدين

اتفق الفقهاء على جواز هبة الدين للمدين، واختلفوا في هبة الدين لغير المدين على مذهبين أذكرهما فيما يلي:

المذهب الأول: وعليه الحنابلة وبعض الحنفية وهو الصحيح من مذهب الشافعية والإمامية، ونسب للثوري والأوزاعي، وأصحاب هذا المذهب يرون أن هبة الدين لغير من عليه الدين لا تصح وتقع باطلة قياسا. سواء أذن الدائن للموهوب بقبض الدين ممن عليه أم لم يأذن [1].

جاء في المغني لابن قدامة: وإن وهب الدين لغير من هو في ذمته أو باعه إياه لم يصح[2] أ هـ.

وجاء في المبسوط، وفي القياس : لا يجوز وهو قول زفر لأن الدين ليس بمال[3]. أهـ.

وجاء في مغني المحتاج : وهبة الدين للمدين إبراء ولغيره باطلة في الأصح[4]. أهـ.

---

(1) راجع المغني لابن قدامة جـ٦ ص ٤٨، المبسوط جـ١٢ ص ٧٠، مغني المحتاج جـ٢ ص ١٤، تكملة المجموع جـ١٥ ص ١٢، جواهر الكلام جـ٢٨ ص ١٦٣ ط دار إحياء التراث العربي-بيروت لبنان.

(2) راجع المغني لابن قدامة جـ٦ ص ٤٨

(3) راجع المبسوط جـ١٢ ص ٧٠

(4) راجع مغني المحتاج جـ٢ ص ٤٠٠

وجاء في جواهر الكلام : ولو وهب ما في الذمة، فإن كانت لغير من عليه الحق لم يصح على الأشبه[١].أهـ.

المذهب الثاني : وعليه بعض الحنفية والمالكية وهو قول عند الشافعية وأصحاب هذا المذهب يرون أن هبة الدين لغير من عليه الدين صحيحه لكن المالكية اشترطوا لصحة الهبة ثلاثة شروط فليرجع إليها من شاء في المراجع التي أذكرها في هذا المذهب[٢].

جاء في المبسوط : لو وهب رجل لرجل دينارا له على رجل وأمره بقبضه جاز ذلك استحسانا[٣] أهـ.

وجاء في شرح الخرشى على المختصر: وكذلك تجوز هبة الدين الشرعي لمن عليه ولغيره[٤] أهـ.

وجاء في نهاية المحتاج : أما إذا كان الدين على ملئ باذل له فالهبة صحيحة قياسا على صحة بيعه إذا بيع بالعين أو تقابضا في المجلس[٥] أهـ.

---

(١) راجع جواهر الكلام جـ٢٨ ص ١٦٣

(٢) راجع المبسوط جـ١٢ ص ٧٠، شرح الخرشي جـ٧ ص ١٠٣ ط دار إحياء التراث العربي- بيروت — لبنان. نهاية المحتاج جـ٦ ص ٤١٣ ط مصطفى البابي الحلبي واولاده بمصر، مغني المحتاج جـ٢ص ٤٠٠

(٣) راجع المبسوط جـ١٢ ص ٧٠

(٤) راجع شرح الخرشي جـ٧ ص ٧٠

(٥) راجع نهاية المحتاج جـ٦ ص ٤١٣

الأدلة

١- **دليل المذهب الأول** : استدل أصحاب المذهب الأول القائل ببطلان هبة الدين لغير من عليه الدين بما يلي :

أ- **القياس** : حيث قاسوا هبة الدين لغير من عليه الدين على بيعه بجامع أن كلا منهما عقد مشروع لتمليك المال. فكما لا يجوز بيع الدين مع غير من عليه الدين لا تجوز هبته.

أجيب عن ذلك: بأن هذا قياس مع الفارق وبيانه: أن البيع يوجب الملك بنفسه قبل القبض فكان المعتبر فيه وقت العقد. بخلاف الهبة فالمعتبر فيها وقت القبض ، فإن الملك عنده يثبت.

ب- إن الدين ليس بمال بدليل أن من حلف لا مال له وله دين على إنسان لا يحنث ، والهبة عقد مشروع لتمليك المال. فإذا أضيف العقد إلى ما ليس بمال لا يصح .

أجيب عن ذلك: بأن الدين في الذمة يقبل التمليك بالعقد، فإنه لو باعه ممن عليه الدين بعوض جاز، ولو وهبه منه جاز ، فعرفنا أنه قابل للتمليك حكما[١].

٢- **دليل المذهب الثاني** : استدل أصحاب المذهب الثاني على مذهبهم القائل بصحة هبة الدين لغير من عليه بالاستحسان والمعقول.

---

(١) راجع المبسوط جـ١٢ ص ٧٠، المغني لابن قدامة جـ٦ ص ٤٨، مغني المحتاج جـ٢ ص ٤٠٠، نهاية المحتاج جـ٦ ص ٤١٣، جواهر الكلام جـ٢٨ ص ١٦٣

أ- وجه الاستحسان : أن الواهب أناب الموهوب له مناب نفسه فيجعل قبض الموهوب له كقبض الواهب- ولو قبض بنفسه ثم وهبه وسلمه جاز. فكذلك إذا أمره بالقبض له.

ب- من المعقول : أن ما في الذمة مقدور التسليم، ويجعل قبضه كقبض العين فإذا قبض العين ناب هذا القبض عن قبض عين ما في الذمة، كما أن هبة العين صحيحة والذمم تجري مجرى الأعيان . بدليل صحة البيع والشراء فيها[١].

هذا وبعد عرض أقوال العلماء- وأدلة الفريقين ، وما ورد عليها من مناقشات يتبين لنا رجحان القول بصحة هبة الدين لغير المدين.

---

(١) راجع المراجع السابقة .

" خاتمة نسأل الله حسنها "

وفي نهاية الطواف بهذا الموضوع – الاستحسان عند الأصوليين داسة وتطبيق يتبين لنا ما يأتي :

١- إن الاستحسان ليس قاصرا على القياس الخفي الواقع في مقابلة القياس الجلي، كما صوره بعض علماء الأصول، كما أنه ليس قاصرا على الاستحسان الثابت بالنص أو الإجماع، أو الضرورة ، أو القياس الخفي ، بل يكون ثابتا بغيرها من الأدلة.

٢- إن القياس الذي يذكر في مقابلة الاستحسان، قد يكون المراد به القياس الأصولي، وقد يكون المراد به النص الشرعي العام ، أو القاعدة المقررة عند الفقهاء، أو عند بعضهم، وليس المراد به خصوص القياس الأصولي، كما يدل عليه مسلك بعض الأصوليين.

٣- إن الإمام الشافعي – رحمه الله تعالى – قد عمل بالاستحسان في واقع الأمر ويظهر ذلك جليا في بعض الفروع الفقهية، ولكنه أرجع الكثير من المسائل الاستحسانية في غالب الأحيان إلى القياس، فقد وسع دائرة القياس فأدخل فيه كثيرا من مسائل الاستحسان .

٤- إن الاستحسان الذي أنكره الإمام الشافعي، وشدد النكير على من عمل به ، وساق الأدلة على إبطاله. إنما هو الاستحسان المبني على الرأي المحض من غير دليل شرعي ، وهذا المعنى لم يقل به أحد ممن عملوا بالاستحسان .

٥- إن الظاهرية لا يعملون بالاستحسان ونفوه كنفيهم للقياس لأنهم وقفوا عند النصوص فقط، ولم يتوسعوا في الأدلة ، كما أنهم لم يقولوا بتعليل الأحكام، فقد أداهم ذلك إلى أن قرروا أحكاما تنفيها الشريعة ، فقد قرروا أن بول الآدمي نجس للنص عليه، وبول الخنزير ظاهر لعدم النص عليه، ولو اتجهوا إلى قليل من الفهم لفقه النص لما وقعوا في مناقضة البدهيات على ذلك النحو.

٦- إن الاستحسان عند المالكية هو استثناء صورة من عموم أمثالها لدليل اقتضى ذلك ، وهذا الدليل قد يكون عرفا، أو مصلحة ، أو دفعا لمشقة ، أو إيثارا للتوسعة على الناس.

٧- إن العمل بالاستحسان يبعد المجتهد عن الشطط في الاجتهاد والتقيد بحرفية التطبيق لحكم القياس، أو القواعد العامة، وهذا الشطط الذي من شأنه أن يوصل إلى الغلو والخروج عن مقاصد الشارع وروح التشريع.

٨- الحق أنه لا يتحقق استحسان مختلف فيه يصلح أن يكون محلا للنزاع، ولا يعدو أن يكون خلافا لفظيا يرجع إلى التسمية فقط لأنهم ذكروا في تفسيره أمورا لا تصلح للخلاف، لأن بعضها مقبول اتفاقا وبعضها مردود اتفاقا، وبعضها متردد بين القبول والرد.

٩- إن الاستحسان مبدأ اجتهادي يكشف لنا عن مظهر من مظاهر مرونة الشريعة ، وأنها مواكبة لكل عصر وزمان.

وبعد فهذا نهاية ما تيسر لى كتابته في هذا البحث، وقد بذلت في إعداده أقصى الجهد ، وغاية الطاقة، فإن آك وفقت ولو بعض الشئ فهذا

فضل الله يؤتيه من يشاء، والله ذو الفضل العظيم، وإن تكن الأخرى فعذري أني بشر، والعصمة لله وحده. وهنا أقول: كما قال إمام دار الهجرة مالك بن أنس رضى الله عنه " كل إنسان يؤخذ من كلامه ويترك إلا صاحب هذه السارية ﷺ [1].

أو كما قال العماد الأصفهاني " إني رأيت أنه لا يكتب إنسان كتابا في يوم إلا قال في غده أو بعد غده. لو غير هذا لكان أحسن، ولو زيد كذا لكان يستحسن ، ولو قدم هذا لكان أفضل ، ولو ترك هذا لكان أجمل . وهذا من أعظم العبر، وهو دليل على استيلاء النقص على جملة البشر"

والحمد لله حيث بالخير تمم . اللهم اجعل عملنا هذا خالصا لوجهك الكريم، ووفقنا لخدمة دينك القويم، وثبتنا بالقول الثابت في الحياة الدنيا وفي الآخرة إنك على ما تشاء قدير.

د/ صلاح أحمد عبد الرحيم إمام

---

(1) راجع إرشاد السالك حـ١ ص ٢٢٧، جامع بيان العلم وفضله حـ٢ ص ٩١

الفهرس العام للبحث ويشتمل على:

أولاً: فهرس الآيات القرآنية الكريمة

سورة البقرة

سورة النساء

سورة المائدة

مسلسل	الآيـــــة	رقمها	رقم الصفحة
١-	يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود.....	١	٥٦٦
٢-	فاغسلوا وجوهكم وأيديكم	٦	٦٢٤
٣-	إنما جـــزاء الذيـــن يحـــاربون الله ورســوله ويسعون	٣٣	٧٢٨
٤-	إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم ...	٣٤	٦٦١
٥-	والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما...	٣٨	٦٦٢
٦-	وأن أحكم بينهم بما أنزل الله	٤٩	٦٦٢
٧-	إنما الخمر والميسر والأنصاب	٩٠	٦٣٦

سورة الأنعام

مسلسل	الآيـــــة	رقمها	رقم الصفحة
١-	ما فرطنا فى الكتاب من شئ.........	٣٨	٦٣٢
٢-	ولا رطــب ولا يــابس إلا فـــى كتـــاب مبين..............................	٥٩	٦٣٢
٣-	اتبع ما أوحى إليك من ربك.........	١٠٦	٦٢٢

سورة الأعراف

مسلسل	الآيـــــة	رقمها	رقم الصفحة
١-	وكتبنا له فى الألواح من كل شئ....	١٤٥	٥٥٦

تابع فهرس الآيات

سورة التوبة

سورة يوسف

سورة إبراهيم

سورة النحل

تابع فهرس الآيات

سورة الإسراء

سورة الكهف

سورة الحج

سورة النور

تابع فهرس الآيات

سورة القصص

سورة الروم

سورة الأحزاب

سورة فاطر

تابع فهرس الآيات

سورة الزمر

سورة غافر

سورة فصلت

سورة الحديد

سورة المجادلة

تابع فهرس الآيات

سورة الحشر

سورة القيامة

سورة الإنسان

سورة النازعات

ثانيا: فهرس الأحاديث النبوية الشريفة

تابع فهرس الأحاديث

ثالثا: فهرس الآثار

رابعا: فهرس الأعلام

تابع فهرس الأعلام

تابع فهرس الإعلام

تابع فهرس الاعلام

تابع فهرس الاعلام

أهم المراجع

أ - القرآن الكريم وعلومه:

١- الجامع لأحكام القرآن الكريم: للإمام شمس الدين أبى عبد الله محمد بن أحمد بن أبى بكر فرج الأنصارى القرطبى المتوفى سنة ٦٧١ هـ ط دار الغد العربى بالقاهرة - نشر دار الكتاب العربى بالقاهرة.

ب- كتب الحديث وعلومه:

١- سنن النسائى بشرح الحافظ جلال الدين السيوطى: مطبعة دار الحديث بالقاهرة.

٢- سنن الدارقطنى: تأليف شيخ الإسلام الإمام الكبير على بن عمر الدار قطنى المتوفى سنة ٣٨٥ هـ تحقيق عبد الله السيد هاشم يمانى المدنى. مطبعة دار المحاسن بالقاهرة.

٣- سنن الترمذى: لأبى عيسى محمد بن عيسى المتوفى سنة ٢٩٧ هـ تحقيق وتعليق محمد فؤاد عبد الباقى؛ مطبعة مصطفى البابى الحلبى وأولاده بمصر.

٤- سنن الحافظ أبى عبد الله محمد بن يزيد القزوينى ابن ماجة المتوفى سنة ٢٩٥ هـ تحقيق الأستاذ/ محمد فؤاد عبد الباقى مطبعة دار إحياء التراث العربى.

٥- سنن أبى داود الإمام الحافظ المصنف أبى داود سليمان بن الأشعث السجستانى المتوفى سنة ٢٧٥ هـ تحقيق محمد محى الدين الناشر دار إحياء السنة النبوية.

٦- سبل السلام: تأليف الإمام محمد بن إسماعيل الكحلاني الصنعاني المعروف بالأمير. مطبعة دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان.

٧- السنن الكبرى: للإمام الحافظ أبى بكر أحمد بن الحسين بن على البيهقى المتوفى ٤٥٨ هـ مطبعة دار المعرفة - بيروت لبنان.

٨- صحيح الإمام أبى عبد الله محمد بن إسماعيل البخارى المتوفى سنة ٢٥٦ هـ مطبعة نهضة مصر.

٩- صحيح الإمام مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيرى النيسابورى أبو الحسين بشرح الإمام يحيى بن شرف الدين النووى - مطبعة دار إحياء التراث العربى.

١٠- فتح البارى بشرح صحيح البخارى للإمام الحافظ أحمد بن على بن حجر العسقلانى المتوفى سنة ٨٥٢ هـ تحقيق عبد العزيز بن عبد الله بن باز مطبعة دار المعرفة بيروت - لبنان.

١١- كشف الخفاء ومزيل الإلباس عما اشتهر من الأحاديث على ألسنة الناس للشيخ إسماعيل بن محمد العجلونى المتوفى سنة ١١٦٢ هـ تحقيق أحمد القلاش. الناشر مكتبة التراث الإسلامى.

١٢- مسند الإمام أحمد بن حنبل مطبعة دار صادر - بيروت - لبنان.

١٣- مجمع الزوائد ومنبع الفوائد: للحافظ نور الدين على بن أبى بكر الهيثمى المتوفى سنة ٨٠٧ هـ. بتحرير الحافظين العراقى وابن حجر: مطبعة القدس بالقاهرة.

١٤- الموطأ للإمام مالك بن أنس إمام دار الهجرة: مطبعة إحياء التراث العربى عيسى البابى الحلبى - بمصر.

١٥- نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار تأليف الإمام محمد بن على الشوكانى - مطبعة البابى الحلبى بمصر.

١٦- نصب الراية لأحاديث الهداية للإمام محمد عبد الله بن يوسف الحنفى الزيلعى المتوفى سنة ٧٧٢ هـ مطبعة دار المأمون بشبرا - مصر الطبعة الأولى ١٣٥٧ هـ.

جـ- كتب اللغة:

١- تاج العروس للزبيدى: ط منشورات مكتبة الحياة بيروت - لبنان.

٢- القاموس المحيط: تأليف مجد الدين بن يعقوب الفيروز آبادى ، مطبعة البابى الحلبى وأولاده بمصر. الطبعة الثانية ١٣٧١ هـ.

٣- لسان العرب: لمحمد بن مكرم جمال الدين بن منظور ط دار المعارف.

٤- مختار الصحاح: للإمام محمد بن أحمد بن أبى بكر عبد القادر الرازى. تحقيق محمد خاطر. الناشر دار الحديث.

٥- المصباح المنير: فى غريب الشرح الكبير للرافعى تأليف العلامة أحمد بن محمد بن على المقرئ الفيومى المتوفى سنة ٧٧٠ هـ ط المكتبة العلمية - بيروت - لبنان.

د- كتب أصول الفقه:

١- إرشاد الفحول: إلى تحقيق الحق من علم الأصول تأليف محمد بن علي بن محمد الشوكاني المتوفى سنة ١٢٥٥ هـ مطبعة مصطفى البابي وأولاده بمصر.

٢- أصول السرخسي: للإمام أبي بكر محمد بن أحمد أبي سهل السرخسي المتوفى سنة ٤٩٠ هـ تحقيق أبي الوفا الأفغاني: مطبعة دار المعرفة – بيروت لبنان.

٣- أصول الفقه الإسلامي للدكتور/ بدران أبو العينين بدران ط مؤسسة شباب الجامعة للطباعة والنشر بالإسكندرية.

٤- الأدلة المختلف فيها وأثرها في الفقه الإسلامي للدكتور عبد الحميد أبو المكارم: الناشر دار المسلم ببورسعيد.

٥- الإبهاج في شرح المنهاج على منهاج الوصول إلى علم الأصول تأليف شيخ الإسلام علي بن عبد الكافي وولده تاج الدين السبكي تحقيق الدكتور/ شعبان محمد إسماعيل. الناشر مكتبة الكليات الأزهرية.

٦- الإحكام في أصول الأحكام: للحافظ أبي محمد علي بن حزم الأندلسي الظاهري. مطبعة العاصمة – حسين حجازي.

٧- الإحكام في أصول الأحكام للآمدي سيف الدين أبي الحسن علي الآمدي الناشر دار الحديث.

٨- الآيات البينات لأحمد بن قاسم العبادي الشافعي ط دار الكتب العلمية – بيروت لبنان.

٩- بحوث فى الأدلة المختلف فيها عند الأصوليين تأليف الدكتور/ محمد السعيد على عبد ربه - مطبعة السعادة ١٤٠٠ هـ - ١٩٨٠م.

١٠- تيسير التحرير: للعلامة محمد أمين المعروف بأمير بادشاه الحسينى الحنفى الخرسانى المتوفى سنة ٨٦١ هـ ط دار الفكر للطباعة والنشر.

١١- تقرير العلامة المحقق والفهامة المدقق الشيخ عبد الرحمن الشربينى على جمع الجوامع لابن السبكى ط دار الكتب العلمية بيروت - لبنان.

١٢- التلويح على التوضيح لشرح متن التنقيح لصدر الشريعة المتوفى سنة ٧٤٧ هـ مطبعة محمد على صبيح وأولاده - بمصر.

١٣- حاشية العلامة البنانى على شرح الجلال المحلى على متن جمع الجوامع لابن السبكى - ط مصطفى البابى الحلبى - بمصر.

١٤- روضة الناظر وجنة المناظر: على مذهب الإمام أحمد بن حنبل لشيخ الإسلام موفق الدين أبى عبد الله بن أحمد بن قدامه المقدسى - الناشر الكليات الأزهرية.

١٥- شرح البدخشى المسمى بمناهج العقول للإمام محمد بن الحسن البدخشى وهو شرح لمناهج الوصول فى علم الأصول للبيضاوى مطبعة محمد على صبيح وأولاده بمصر.

١٦- شرح القاضى عضد الملة والدين المتوفى ٧٥٦ هـ لمختصر المنتهى الأصولى لابن الحاجب تحقيق الدكتور/ شعبان محمد إسماعيل الناشر الكليات الأزهرية.

١٧- شرح المنار وحواشيه: للعالم العلامة عز الدين عبد اللطيف على متن المنار للإمام البركات النسفى. مطبعة السعادات ١٣١٥ هـ.

١٨- شرح نور الأنوار على المنار لمولانا الشيخ أحمد المعروف بملاجيون بن سعيد الحنفى ط دار الكتب العلمية – بيروت – لبنان.

١٩- فواتح الرحموت للعلامة عبد العلى بن نظام الدين الأنصارى بشرح مسلم الثبوت للشيخ محب الدين ابن عبد الشكور: ط دار الفكر للطباعة والنشر.

٢٠- كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام البزدوى ، تأليف الإمام أحمد البخارى المتوفى سنة ٧٣٠ هـ الناشر. دار الكتاب الإسلامى بالقاهرة.

٢١- كشف الأسرار على المنار: للإمام أبى البركات عبد الله بن أحمد المعروف بالنسفى المتوفى سنة ٧١٠ هـ مطبعة دار الكتب العلمية بيروت – لبنان.

٢٢- مختصر المنتهى الأصولى: تأليف الإمام ابن الحاجب المالكى المتوفى سنة ٦٤٦ هـ. الناشر الكليات الأزهرية.

٢٣- المستصفى من علم الأصول: للإمام حجة الإسلام أبى حامد محمد بن محمد الغزالى المتوفى سنة ٥٠٥ هـ ط دار الفكر للطباعة والنشر.

٢٤- المنخول لأبى حامد محمد بن محمد الغزالى تحقيق الدكتور/ محمد حسن هيتو. ط دار الفكر العربى بدمشق.

٢٥- المسودة: فى اصول الفقه لابن تيمية. مطبعة دار الكتاب العربى – بيروت لبنان.

٢٦- الموافقات: للشاطبى ط دار المعرفة – بيروت – لبنان.

٢٧- نظرية الإباحة: للدكتور/ محمد سلام مدكور ط دار النهضة العربية.

٢٨- نظرية الاستحسان لأسامة الحموى ط دار الخير بدمشق.

٢٩- نزهة الخاطر العاطر للشيخ عبد القادر بن أحمد بن مصطفى بدران الرومى الدمشقى. الناشر الكليات الأزهرية.

٣٠- نهاية السول. للإمام جمال الدين عبد الرحيم الإسنوى: مطبعة محمد على صبيح وأولاده بمصر.

٣١- نفائس الأصول فى شرح المحصول للعلامة شهاب الدين أبى العباس أحمد بن إدريس الشهير بالقرافى المتوفى سنة ٦٨٤ هـ تحقيق الشيخ عادل أحمد عبد الموجود الناشر: مكتبة نزار مصطفى الباز الطبعة الأولى ١٤١٦ هـ – ١٩٩٥م.

هـ- كتب الفقه:

١- الأم: تأليف الإمام أبى عبد الله محمد بن إدريس الشافعى المتوفى سنة ٢٠٤ هـ، ط دار الكتب العلمية – بيروت – لبنان.

٢- الأشباه والنظائر للسيوطى: فى قواعد وفروع فقه الشافعية ط عيسى البابى الحلبى – بمصر.

٣- بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع تأليف الإمام علاء الدين مسعود الكاسانى الحنفى المتوفى سنة ٥٨٧ هـ ط دار الكتب العلمية – بيروت – لبنان.

٤- بداية المجتهد ونهاية المقتصد للشيخ الإمام الحافظ محمد بن محمد بن رشد. ط البابى الحلبى وأولاده – بمصر.

٥- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق تأليف العلامة فخر الدين عثمان ابن على الزيلعى الحنفى. مطبعة دار المعرفة – بيروت لبنان.

٦- حاشية الدسوقى للعلامة شمس الدين محمد عرفة الدسوقى على الشرح الكبير لأبى البركات سيدى أحمد الدرديرى. مطبعة دار إحياء الكتب العربية عيسى البابى الحلبى. بمصر.

٧- تكملة فتح القدير: للكمال بن الهمام الحنفى. مطبعة مصطفى البابى الحلبى بمصر.

٨- جواهر الكلام فى شرح شرائع الإسلام ط أنصار السنة المحمدية.

٩- حلية العلماء فى معرفة مذاهب الفقهاء مطبعة دار الحديث – بيروت لبنان.

١٠- حاشية الدسوقى على الشرح الكبير. مطبعة عيسى البابى الحلبى.

١١- الفقه الإسلامى وأدلته للدكتور/ وهبة الزحيلى مطبعة دار الفكر.

١٢- حاشية ابن عابدين. مطبعة البابى الحلبى وأولاده بمصر.

١٣- فتح القدير تأليف الإمام كمال الدين بن عبد الواحد المعروف بابن الهمام الحنفى المتوفى سنة ٦٨١ هـ. على الهداية شرح بداية المبتدئ. مطبعة مصطفى البابى الحلبى وأولاده بمصر.

١٤- الفواكه الدوانى: شرح أحمد بن غنيم النفراوى الأزهرى – مطبعة البابى الحلبى وأولاده بمصر.

١٥- قوانين الأحكام الشرعية لابن جزء المالكى. مطبعة عالم الفكر بمصر.

١٦- اللباب فى شرح الكتاب – تأليف عبد الغنى الدمشقى الحنفى تحقيق محمود أمين. مطبعة دار الحديث – بيروت – لبنان.

١٧- المجموع شرح المهذب: للإمام زكريا محيى الدين النووى المتوفى سنة ٦٧٦ هـ مطبعة دار الفكر.

١٨- مغنى المحتاج: إلى معرفة ألفاظ المنهاج شرح محمد الشربينى على متن المنهاج لأبى زكريا محيى الدين بن شرف النووى ط مصطفى البابى الحلبى وأولاده بمصر.

١٩- المبسوط: لشمس الأئمة السرخسى ط دار المعرفة بيروت – لبنان.

٢٠- المحلى: تصنيف الإمام ابن حزم المتوفى ٤٥٦ هـ ط دار الآفاق الجديدة– بيروت – لبنان.

٢١- المغنى: لابن قدامة المقدسى الحنبلى مطبعة دار الكتاب العربى.

٢٢- مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ط دار الفكر.

٢٣- الهداية شرح بداية المبتدى : تأليف شيخ الإسلام أبى الحسن على بن أبى بكر الرشدانى المرغينانى المتوفى سنة ٥٩٣ هـ ط البابى الحلبى وأولاده بمصر.

٢٤- المختصر النافع فى فقه الأمامية ط وزارة الأوقاف.

و- كتب التاريخ والرجال:

١- أسد الغابة فى معرفة الصحابة: لعز الدين بن الأثير أبى الحسن على ابن محمد الجزرى المتوفى سنة ٩٣٠ هـ تحقيق محمد إبراهيم البنا ط الشعب.

٢- الأعلام لأشهر الرجال والنساء من العرب المستعربين والمتشرقين. تأليف خير الدين الزركلى: ط دار العلم للملايين بيروت – لبنان.

٣- الإصابة فى تمييز الصحابة: لابن حجر العسقلانى: تحقيق طه الزينى الناشر الكليات الأزهرية.

٤- البداية والنهاية: للحافظ ابن كثير الدمشقى: المتوفى سنة ٧٧٤ هـ الناشر مكتبة المعارف بيروت – لبنان.

٥- تهذيب التهذيب للحافظ ابن حجر العسقلانى: ط دار المعارف النظامية حيدر آباد الدكن – الهند.

٦- حسن المحاضر لجلال الدين السيوطى الشافعى ط الموسوعات لصاحبها إسماعيل حافظ.

٧- سير أعلام النبلاء: تأليف الإمام شمس الدين الذهبي تحقيق محمد نعيم ط مؤسسة الرسالة – بيروت لبنان.

٨- شذرات الذهب: في أخبار من ذهب للمؤرخ عبد الحق الحنبلي ط دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.

٩- الضوء اللآمع: لأهل القرن التاسع تأليف المؤرخ شمس الدين محمد بن عبد الرحمن السخاوي – منشورات مكتبة الحياة – بيروت – لبنان.

١٠- الطبقات الكبرى لابن سعد: دار صادر بيروت – لبنان.

١١- العبر في خبر من غبر: للحافظ الذهبي المتوفى سنة ٧٤٨ هـ تحقيق أبا هاجر محمد السعيد: ط دار الكتب العلمية – بيروت – لبنان.

١٢- الكامل في التاريخ: تأليف الشيخ عز الدين أبي الحسن المعروف بابن الأثير – ط دار صادر بيروت – لبنان.

١٣- معجم البلدان: للإمام شهاب الدين ابي عبد الله الحموي البغدادي ط دار صادر – بيروت – لبنان.

١٤- معجم المؤلفين: تأليف عمر رضا كحالة الناشر مكتبة المثنى بيروت– لبنان.

١٥- مفتاح السعادة: تأليف أحمد بن مصطفى الشهير بطاش كبرى زاده – ط الكتب الحديثة بالقاهرة.

١٦- هدية العارفين في أسماء المؤلفين: لإسماعيل البغدادي ط دار العلوم الحديثة – بيروت – لبنان.

١٧- وفيات الأعيان: لأبى العباس شمس الدين أحمد بـــن بكـــر تحقيـــق الدكتور/ إحسان عباس ط دار صادر – بيروت – لبنان.

فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات

تابع فهرس الموضوعات

تابع فهرس الموضوعات

رقم الإيداع

٥٠٠٩ / ٢٠٠٠

I.S.B.N الترقيم الدولى

977 – 5532 – 95 – 7

القول المبين في التعليل عند الأصوليين

إعداد
للأستاذ الدكتور
محمد عبد العاطي محمد علي
الأستاذ بكلية الشريعة والقانون
جامعة الأزهر بالقاهرة

خطة البحث العامة

تقع خطة دراسة هذا الموضوع فى المباحث التالية

المبحث الأول : تعريف التعليل لغة واصطلاحاً.

المبحث الثانى : منهج القرآن الكريم فى التعليل.

المبحث الثالث : منهج السنة النبوية فى التعليل.

المبحث الرابع : منهج الصحابة (رضى الله عنهم) فى التعليل.

المبحث الخامس : منهج التابعين وتابعيهم فى التعليل

المبحث السادس : التعليل فى عصر تأليف الأصول.

المبحث السابع : ابن حزم والتعليل.

المبحث الثامن : تصحيح ما نسب إلى بعض العلماء أنهم أنكروا التعليل .

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم

المبحث الأول

تعريف التعليل لغة واصطلاحا

التعليل فى اللغة :

مصدر عل ، يقال : عله يعله ويعله إذا سقاه السقية الثانية وتعلــل بالأمر، واعتل : تشاغل ، وهذا علة لهذا أى سبب له[1].

والتعليل فى اصطلاح علماء المنطق :

تبيين علة الشئ. ويطلق عندهم أيضا على ما يستدل فيــــه بالعلــــة علي المعلول. ويسمى برهانا لميا.[2]

والمراد بالتعليل عند الأصوليين :

بيان العلل وكيفية استخراجها وهذا قد يكون لأجل القياس، وهـــو رد فرع إلى أصل لمساواته فى علة حكمه.

وقد يكون لغير ذلك ، بأن يبحث المجتهد نى الحادثـــــة المســـتجدة على معنى يصلح مناطا لحكم شرعى يحكم به بناء على ذلـــك المعنـــى. وهو المسمى عندهم بالاستصلاح أو المصالح المرسلة.

أو بأن يبحث عن علة الحكم المنصوص لا لتعديته ، وهو ماسموه بالتعليل بالعلة القاصرة ، أو بيان الحكمة [3].

---

[1] انظر : لسـان العرب جـــ١١ ص٤٦٧ طبعة بيروت .

[2] انظر شرح الخبيصى على التهذيب للسعد التفتازانى ص ٢٥٥ طبعة مصطفى محمد ، وحاشية العطار علـــى شــرح الملوى على السلم ص ١٣٩ .

[3] انظر : تعليل الأحكام ص ١٢ .

وتعليل الأحكام هو- أولا- منهج القرآن والسنة ، ثم سار عليـــه الصحابة والتابعون ، فقد بنوا اجتهاداتهم علـــى مافـــهموه مـــن العلـــل والمقاصد ، ثم بحثه العلماء من بعدهم ، فلم يخل عصر مـــن عصـــور الإسلام عن الكلام فيه .

المبحث الثانى

منهج القرآن فى التعليل

لقد شرع الله أحكامه لمقاصد عظيمة جلبت للناس مصالحهم ودفعت عنهم المفاسد ، وأبان سبحانه ما فى الأفعال من مفاسد حثا على اجتنا بها ، وما فى بعضها من المصالح ترغيبا فى إتيانها .

وحتى لا تسأم النفوس من سماع القرآن فقد تنوعت أساليب التعليل فيه على الوجه التالى [١].

أ- فتراه مرة يذكر وصفا مرتبا عليه حكما، فيفهم السامع أن هذا الحكم يدور مع ذلك الوصف أينما وجد . من ذلك قوله تعالى : " **الزانية والزا نى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة** " [٢] وقوله : " **والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله**"[٣]، وقوله: "**وإذا ضربتم فى الأرض فليس عليكم جناح أن تقصروا من الصلاة**[٤] وقوله : " **إنما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا** [٥].

ب- وتراه أخرى يذكر مع الحكم سببه مقرونا بحرف السببية مقدما أو مؤخرا ، كقوله تعالى: **أذن للذين يقاتلون بأنهم ظلموا** " [٦] وقوله:

---

[١] انظر : المرجع السابق ص ١٤ وما بعدها .

[٢] سورة النور : آية ٢ .

[٣] سورة المائدة : آية ٣٨ .

[٤] سورة النساء : ١٠١ .

[٥] سورة التوبة : آية ٢٨ .

[٦] سورة الحج : آية ٣٩ .

"فبظلم من الذين هادوا حرمنا عليهم طيبات أحلت لهم " [1] وقوله: "من أجل ذلك كتبنا على بنى إسرائيل أنه من قتل نفسا بغير نفس أو فساد فى الأرض فكأنما قتل الناس جميعا ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعا " [2].

ج- وطورا يأمر بشئ ويردفه بوصفه بأنه أطهر أو أزكى، كقوله جل شأنه: "قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم ويحفظوا فروجهم ذلك أزكى لهم [3] وقوله : " وإذا سألتموهن متاعا فاسألوهن من راء حجاب ذالكم أطهر لقلوبكم وقلوبهن [4] وقوله: " وإذا قيل لكم ارجعوا فارجعوا هو أزكى لكم [5].

د- وحينا يذكر الحكم محلا إياه بحرف من حروف التعليل ، كقوله تعالى:" ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى فلله وللرسول : ولذى القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل كيلا يكون دولة بين الأغنياء منكم "[6].

وقوله: " فلما قضى زيد منها وطرا زوجناكها لكى لا يكون على المؤمنين حرج فى أزواج أدعيائهم [7] وقوله : " وصل عليهم إن صلاتك سكن لهم " [1] وقوله : ولاتطع كل حلاف مهين همـاز مشاء

[1] سورة النساء : آية ١٦٠ .

[2] سورة المائدة : آية ٣٢ .

[3] سورة النور : آية ٣٠ .

[4] سورة الأحزاب : آية ٥٣ .

[5] سورة النور : آية ٢٨ .

[6] سورة الحشر : آية ٧ .

[7] سورة الأحزاب : آية ٣٧ .

سكن لهم " [1] وقوله : ولاتطع كل حلاف مهين هماز مشاء بنميم مناع للخير معتد أثيم عتل بعد ذلك زنيم أن كان ذا مال وبنين "[2].

هـ- وفي مواضع كثيرة يأمر بالشئ مبينا مصالحه ، أو يحرم الشئ مبينا مفاسده المرتبة علي فعله ، كقوله تعالى: " وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم [3] وقوله : " ولاتسبوا الذين يدعون من دون الله فيسبوا الله عدوا بغير علم [4] وقوله: " إنما الخمر والميسر والأنصاب والازلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون إنما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة فهل أنتم منتهون [5].

---

(1) سورة التوبة : آية ١٠٣ .

(2) سورة ن : الآيات من ١٠ – ١٤ .

(3) سورة الأنفال : آية ٦٠ .

(4) سورة الأنعام : آية ١٠٨ .

(5) سورة المائدة : آيت ٩٠ ، ٩١ .

المبحث الثالث

منهج السنة فى التعليل

وكذلك جاءت السنة النبوية بتعليلات كثيرة فى توضيح القرآن، وبيان العلل والأسباب التى أدت إلى التشريع ، وتقريب الأحكام إلى الأذهان مما يؤدى إلى مسارعة الناس إلى الامتثال [1].

ففى العبادات : بيان جلى لأهدافها، وأنه يطلب فيها التزام الحكمة والاعتدال والتخفيف والتيسير فى أدائها فيقول النبى ﷺلعبد الله بن عمرو الذى كان يبالغ فى عبادته فيصوم نهاره ويقوم ليله: " ألم أخبر أنك تقوم الليل وتصوم النهار؟ قلت: إنى أفعل ذلك، قال : إنك إذا فعلت ذلك هجعت عينك، ونفهت نفسك، وإن لنفسك عليك حقا، ولأهلك عليك حقا، فصم وافطر وقم ونم " [2]

فقد بين له رسول الله ﷺ ما يترتب على تلك العبادة الشديدة من ضرر بالغ فى النفس ، وضياع حقوق الأهل والولد ، وهذه من المصالح الدنيوية ، وفيه إشارة إلى ضياع المصالح الأخروية ، فإن من ضعفت نفسه عجز عن أداء حقوق ربه، فيفوت الخير الكثير فى أخراه.

وهذا معاذ بن جبل رضي الله عنه يطيل فى صلاته إتماما لها وتقربا بها فيشكوه الشاكى إلى رسول الله ﷺ "لا أكاد أدرك الصلاة مما يطول بنا فلان " وهنا يشرع رسول الله ﷺالتخفيف للصلاة ويزجر

---

[1] انظر : تعليل الأحكام ص ٢٣ وما بعدها .

[2] انظر : عمدة القارى بشرح صحيح البخارى جـ٣ ص ٦٣٥ دار الطباعة العامرة . وهجعت : غارت وضعف بصرها لكثرة السهر . ونفهت : كلت وأعيت .

المطولين : " أيها الناس إنكم منفرون : فمن صلى بالناس فليخفف، فإن فيهم المريض والضعيف ، وذا الحاجة "[1].

فقد بين الرسول ﷺ الباعث على التخفيف ، وفيه الإشارة إلى أن الطاعة إذا أدت إلى ضياع المصالح أو لحق الناس منها الضرر، خرجت عن مقصود الشارع .

وقال ﷺ للصحابة حينما امتنع عن إمامتهم لصلاة التراويح في الليلة الثالثة : " قد رأيت الذى صنعتم فلم يمنعنى من الخروج إليكم إلا أنى خشيت أن يفرض عليكم " [2] فقد امتنع ﷺ من إمامتهم لما وجد رغبتهم فيها، خشية الفرض عليهم ، ثم يأتى زمان يتهاون الناس فيها أو يعجزون عن أدائها فيتركون ما فرضه الله عليهم ، وفيه من الفساد ما لا يخفى ، ومع هذا فقد أمهم ليلتين إشارة منه ﷺ إلى جواز صلاتها جماعة، وامتناعه كان لتلك العلة .

وقد يفهم بعضهم أن الحكم شرع من أجل سبب خاص ، وهو مخطئ فى هذا الفهم، فيبين الرسول ﷺ الصواب فيه، والعلة التى من أجلها شرع الحكم .

من ذلك : أنه لما نزل قول الله تبارك وتعالى: "**يا أيها الذين آمنوا لاتدخلوا بيوت النبى إلا أن يؤذن لكم** " [3] ظن بعض الناس أن المقصود من الاستئذان هو حصول الإذن فقط ، فجاء يستأذن رسول

---

[1] انظر : عمدة القارى جـ١ ص ٥٠١ .

[2] الحديث رواه أبو داود فى سننه عن عائشة رضى الله عنها جـ٢ ص ٤٩ .

[3] سورة الأحزاب : آية ٥٣ .

اللهﷺ فنظر من جحر النبى ﷺ، فعنفه رسول الله " لو أعلم أنـــك تنظــر لطعنت به فى عينيك " مبينا له السبب فى تشريع هذا الحكم " إنما جعــل الاستئذان من أجل البصر" [١] يعنى أن وجوب الاستئذان لأجـــل حفــظ البصر، حتى لايقع النظر على من حرم النظر إليه.

هذا: وقد يأمر رسول الله ﷺ بالشئ وينهى عنه في حالة خاصـــة لســبب خاص، فيفهم الصحابة أنه حكم مؤلد، فيسألون الرسول ﷺالتخفيف لمـــا يلحقهم من الحرج، فيبين لهم أن ذلك ليس مؤيدا بل جاء لعلة خاصة.

من ذلك: ماروا‌ه أصحاب السنن عن عائشة رضى الله عنها قالت: دف الناس من أهل البادية ، فحضرت الأضحى،فقال رسول الله "ادخـروا للثلاث وتصدقوا بما بقى"قالت :فلما كان بعد ذلك ، قلت يا رسول الله :قد كان الناس ينتفعون بضحاياهم ويجملون منها الودك ، ويتخـــذون منــها الأسقية . قال:وماذاك ؟ قلت :نهيت عن إمساك لحوم الأضاحى بعد ثلاث فقال:"إنما كنت نهيتكم للدافة التى دفت فكلوا وتصدقوا وتزودوا "ويرويــه مسلم بلفظ "إنما فعلت ذلك من أجل الدافة"[٢].

وكثيرا ما يذكر رسول الله ﷺ الحكم معللاً إياه بما يترتب عليه من المصالح الدينية والدنيوية .

ومن ذلك:حديث ابن مسعود رضى الله عنه قال : كنا مع رســول الله ﷺ شبابا لا نجد شيئا فقال لنا رسول اللهﷺ : "يا معشر الشــباب مــن استطاع منكم الباءة فليتزوج فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج. ومن لــم

---

[١] انظر : صحيح البخارى جـــ٨ ص ٥٤ .

[٢] دف الماشى : خف على وجه الأرض ، والدافة : الجماعة من الناس تقبل من بلد إلى بلد .

يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء " [1] فتراه يأمر القادر على تكاليف الحياة الزوجية بالتزوج شارحا له ما يترتب على ذلك من مصالح ، مبينا السبب في هذا ، وهو حفظ البصر والفرج الذى أمر الله بحفظهما في غير آية ، وإذا حفظا كان الخير والفلاح ، فإن شرورا كثيرة تنشأ عنهما- وفى الوقت نفسه يأمر العاجز بسلاح آخر وهو الصوم ليكسر شهوته ، ومتى كسرت ترتب الخير على ذلك فإنه له وجاء ".

ومن ذلك : حديث النهى عن نكاح المرأة على عمتها أو خالتها، معللاً هذا النهى بما يترتب على الفعل من ضرر بالغ وهو قطع الرحم "إنكم إن فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم [2].

وأحيانا يبين أن فعلا من الأفعال يترتب عليه مصالح تقتضى إباحته ولكنه يمتنع عنه لما يخالط ذلك من مفاسد أعظم منها ، فهو فيه ﷺ يوازن بين المصلحة والمفسدة ويقدم الأهم وهو دفع المفسدة.

من ذلك : ما أخرجه الشيخان بسندهما عن عائشة رضى الله عنها قالت : قال رسول الله ﷺ: " لولا أن قومك حديثوا عهد بشرك لبنيت الكعبة على قواعد إبراهيم " [3] فهو يخبر أن تغيير البيت منكر يجب إزالته ، ولكه أمتنع من ذلك ، لما يترتب عليه من نفورهم ، حيث ألفوا هذا الوضع وتمكنت العادات من نفوسهم ، وفى تغييره حرج لهم ، وربما رجعوا إلى الشرك مرة أخرى من أجل ذلك.

---

[1] انظر : صحيح البخارى ، باب من لم يستطع الباءة فليصم جـ٣ ص٣ ، دار مطابع الشعب .

[2] رواه ابن عدى ، وفى رواية ابن حبان : " إنكن إذا فعلتن ذلك قطعتن أرحامكن " نيل الأوطار جـ٦ ص ١٤٧ .

[3] انظر : الفتح الكبير فى ضم الزيادة إلى الجامع الصغير جـ٣ ص٥٢ .

ومن ذلك ما رواه مسلم وأحمد عن جابر رضى الله عنـــه، فـى قصة الرجل الذى قال لرسول الله ﷺ: اعدل ، فقال له عمر: دعنـــى يـا رسول الله أقتل هذا المنافق ، فقال: " معاذ الله أن يتحدث الناس أنى أقتـل أصحابى " [1] فقد رأى رسول الله ﷺ أن التحدث بمثل هذا ينفر النـــاس عن الإسلام ، مبينا أن مفسدة التنفير أكبر مـــن مفسـدة تـرك قتلـهم، ومصلحة التأليف أعظم من مصلحة القتل .

وقد يعارض أصحاب رسول الله ﷺ أمره بما يترتب عليـــه مـن ضرر يلحق المسلمين بسببه ، فيقرهم على ذلك ﷺ.

من هذا : مارواه أبو يعلى الموصلى في مسنده أن النبى ﷺ بعث أبا بكر ينادى : "من قال لا إله إلا الله دخل الجنة " فوجده عمـــر فـرده وقال: " إذا يتكلوا " [2]، وأ قره الرسول ﷺ علي ذلك، ولم ينكر عليه لمـا وجد المصلحة فيما قال .

هذا: والوقائع السابقة ليس فيها مخالفة للنصوص الشـرعية كمـا ادعى الطوفى وغيره ، لأنها تنطوى على العمل من صـــاحب الشـرع نفسه، فالمستند فيها هو السنة قولا وعملا وتقريرا ، فصاحب الشرع هـو الذى ترك البيت ولم يعد بناءه على قواعد إبراهيم ، فلم يكن هناك نـــص ترك من أجل المصلحة بل ثبت الترك بالنص رعاية للمصلحة، ولايقـال على فعل الرسول ﷺ أنه مخالف للنص ، وكيف يقال ذلك ، والتشـــريع صادر منه... كما أن صاحب الشرع هو الذى أقر اجتهاد عمر فـــى رد

---

[1] انظر : الفتح الكبير جـ٣ ص ١٣٦ .

[2] انظر : نيل الأوطار جـ١ ص ٢٩٦ .

أبي بكر ومنعه من النداء بأن من قال: لا إله إلا الله دخل الجنـــة، فـــهو اجتهاد من عمر أقره الرسول ﷺ، فلا يقال بعد ذلك : إن رســـول الله ﷺ عارض النص بالمصلحة.

المبحث الرابع
منهج الصحابة في التعليل

أنتقل الرسول ﷺ إلى الرفيق الأعلى تاركا وراءه هؤلاء الأصحاب رضوان الله عليهم ، أمناء على شرع الله، خلفاء في قيادة الأمة، فساروا على الطريق الواضحة التى رسمها لهم ، وسلكوا السبيل التى سلكها رسول الله ﷺ فى تعليل الأحكام ببيان أسبابها عند الحاجة. توسعوا فى ذلك ولكن من غير مخالفة ولاعصيان ، بل اعتقادا منهم أن شريعة الله ليست جامدة على المنصوص حتى توقع الناس فى أصر أخبر الله أنه وضعه عنهم فدخلوا هذا الباب من نواح متعددة [1].

أ - فتارة يعللون أحكاما وردت غير معللة ليعدوا حكمها ، كتعليلهم النهى عن قطع الأيدى فى الغزو- والذى ورد مجردا عن سبب هذا النهى فيما رواه أبو داود أن النبى ﷺ " نهى عن أن تقطع الأيدى فى الغزو"[2]- خشية أن يترتب عليه ماهو أبغض إلى الله من تعطيله أو تأخيره من لحوق صاحبه بالمشركين حمية وغضبا كما قاله عمر وأبو الدرداء وحذيفة وغيرهم. وهذا فى الرجل العادى من الجيش، أما إذا كان الحد قد وجب على أمير الجيش مثلا، فستكون العلة فى منع إقامة الحد عليه هى ظهور ضعف المسلمين وطمع العدو فيهم إذا أقاموا عليه الحد. فقد روى أبو يوسف فى كتاب الخراج عن علقمة قال: غزونا أرض الروم ومعنا حذيفة وعلينا رجل من قريش،

---

(1) انظر : تعليل الأحكام ص ٣٥ وما بعدها .

(2) سنن أبي داود مع شرحه عون المعبود جـ٤ ص ٢٤٦ .

فشرب الخمر، فأردنا أن نحده ، فقال حذيفة: " تحدون أميركم وقد دنوتم من عدوكم فيطمعون فيكم " وروى هذا الأثر عبد الرازق بسند إلى علقمة قال: أصاب أمير الجيش وهو الوليد بن عقبة شرابا فسكر، فقال الناس لأبى مسعود وحذيفة بن اليمان : أقيما عليه الحد. فقالا: لاتفعل، نحن إزاء العدو ونكره أن يعلموا فيكون جرأة منهم علينا وضعفا بنا " فالصحابة رضوان الله عليهم فهموا المقصود من النهى السابق لرسول الله ﷺ فعدوا الحكم إلى غيره من الحدود، لما تجر إقامتها عليهم إذ ذاك من الضرر بالمسلمين [1].

وهذا التعليل لم يخالف نصا ولا قياسا ولا إجماعا وليس فيه إلا تأخير الحد لمصلحة راجحة ، إما من حاجة المسلمين إليه ، أو من خوف ارتداده ولحوقه بالكفار. ومثل هذا التأخير لعارض أمر وردت به الشريعة ، كما يؤخر الحد عن الحامل والمرضع ، وعن وقت الحر والبرد والمرض ، وهو لمصلحة المحدود خاصة ، فما بالك بما هو لمصلحة الإسلام عامة فهذا النوع ورد الحكم فيه غير معلل فعللوه بما يترتب علي الفعل من ضرر [2].

ب- وهناك أحكام وردت مطلقة أو معللة بعلة، فلما بحثوها وجدو تلك العلل قد زالت ، أو ما شرع له الحكم قد تغير، فغيروا الأحكام تبعا لذلك.

---

[1] انظر : إعلام الموقعين لابن القيم جـ٣ ص ٣ وما بعدها وتعليل الأحكام ص ٣٦ ، ٣٧ ومدخل الفقه الاسلامى للدكتور سلام مدكور ص ١٠٨ ، ١٠٩

[2] انظر : تعليل الأحكام ص ٣٧ .

من ذلك: حكم المؤلفة قلوبهم شرع الله إعطاءهم من الزكاة، وأعطاهم رسول الله ﷺ من مال الله كثيرا [1]، ومضى زمن رسول الله ﷺ والأمر على ذلك، ثم حدث فى زمن أبى بكر رضى الله عنه ماروا‌ه الجصاص فى تفسره [2] عن ابن سيرين عن عبيدة قال: جاء عيينة بن حصن والأقرع بن حابس إلى أبى بكر فقالا : ياخليفة رسول الله ، إن عندنا أرضا سبخة ليس فيها كلا ولا منفعة ، فإن رأيت أن تعطيناها فأقطعها إياهما وكتب لهما عليها كتابا فأشهد ، وليس فى القوم عمر، فانطلقا إلى عمر ليشهد لهما ، فلما سمع عمر مافى الكتاب تناوله من أيديهما ثم تفل فيه فمحاه، فتذمرا وقالا مقالة سيئة ، فقال: إن رسول الله ﷺ كان يتألفكما والإسلام يؤمئذ قليل، وإن الله قد أغنى الإسلام؟ إذهبا فاجهدا (أى أبلغا غايتكما فى العمل) جهدكما ، لايرعى الله عليكما إن رعيتما... فترك أبو بكر الإنكار عليه.

فهذا أبو بكر يكتب لهما تأليفا اقتداء برسول الله ﷺ ظنا منه أن حكم التأليف باق، فلما بين له عمر أن التأليف لم يكن إلا لحاجة وهى تكثير سواد المسلمين وتقوية شوكتهم حينما كانوا فى قلة وضعف، وقد انتهت هذه الحاجة وكثر المسلمون وقويت شوكتهم فلا داعى إذا إلىّ التأليف-

---

(1) هؤلاء المؤلفة منهم من كان مسلما ضعيف الإيمان ومنهم من كان على دينه . أعطاهم ليقوى إيمان الأول ويحسن الثانى فى الإسلام .

(2) انظر : تفسير الجصاص جـ٣ ، ص ١٥٣ .

سلم له ولم ينكر عليه، بل لم ينكر عليه أحد فصار إجماعا على أن الحكم كان دائرا مع علته والغرض منه، فلما انتهى الغرض ترك الحكم [١].

ج - وهناك أحكام شرعها الله فى كتابه أو فعلها رسول الله ﷺ، فتراهم ينهون عنها فى بعض الأحيان ، مع اعترافهم بمشروعيتها، دفعا لمفسدة تترتب على فعلها.

من ذلك: موقف عمر رضى الله عنه من نكاح المسلم للكتابية وقد عدها الله جلت قدرته فى عداد الحلائل فى قوله: " والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم إذا آتيتموهن أجورهن محصنين غير مسافحين ولامتخذى أخذان [٢] فقد روى الإمام محمد فى كتابه الآثار عن إبراهيم عن حنيفة "أنه تزوج بيهودية بالمدائن ، فكتب إليه عمر: أن خل سبيلها، فكتب إليه: أحرام يا أمير المؤمنين؟ فكتب إليه عمر: أعزم عليك أن لاتضع كتابى هذا حتى تخلى سبيلها، فإنى أخاف أن يقتدى بك المسلمون فيختاروا نساء أهل الذمة لجمالهن ، وكفى بذلك فتنة لنساء المسلمين "[٣].

فقد منع عمر رضى عنه حنيفة من المباح خشية مايترتب عليه من الضرر، وهو ترك المسلمات بلا زواج فيقعن فيما حرمه الله وفى ذلك من الفتنة والفساد ما فيه [٤]

---

[١] وفى حكم عمر هنا يقول صاحب مسلم الثبوت : إنه من قبيل انتهاء الحكم لانتهاء العلة وقال الشارح : وفى التعبير عنهم بالمؤلفة قلوبهم إشارة إلى ذلك " انظر : مسلم الثبوت مع شرحه جـ٢ ص ٨٤ .

[٢] سورة المائدة آية ٥ .

[٣] انظر : أحكام القرآن للجصاص جـ٢ ص ٣٩٧ ، الآثار لمحمد بن الحسن ص ٧٥ طبعة الهند نقله صاحب رسالة تعليل الأحكام ص ٤٣ .

[٤] انظر : تعليل الأحكام ص ٤٣ ، ٤٤ ، والاجتهاد فى التشريع الاسلامى للدكتور سلام مدكور ص ٦١ .

د- وهناك أحكام زاجرة اقتضتها الحاجة لم تكن فى زمن الرسول ﷺ فقضوا بها دفعا لمفسدة متحققة أو مظنونة وإن أدى ذلك إلى تخصيص النص.

من ذلك: مسألة الطلاق الثلاث، وإيقاعه، وموقف عمر رضى الله عنه من ذلك، فقد أوقع عمر الطلاق الثلاث بلفظ واحد ثلاثا، مخالفا بذلك ماجرى عليه العمل فى عهد الرسول ﷺ، وعهد أبى بكر، بل فى صدر من عهده هو أيضا لأنه رأى أن هذه هى الوسيلة لمنع المسلمين من الحلف بالطلاق الثلاث بعد أن أفرطوا فيه بلفظ واحد، فقد فعل ذلك للمصلحة وحدها... وأجاز قتل الجماعة بالواحد إذا اشتركوا فى قتله لأنه رأى فى عدم قتلهم به إهدارا لدم معصوم، وتشجيعا علي القتل الحرام بالاشتراك فيه فلا تتحقق مصلحة الزجر التى من أجلها شرع القصاص... ولم يقطع يد سارق أو سارقة في عام المجاعة، لأنه رأى أن هذه السرقة كانت لحفظ الحياة ، وحفظ الحياة مقدم على حفظ المال فضرورة المحافظة على الحياة دفعتهم إلى السرقة، والمضطر يجوز له أن يأخذ من مال غيره مايسد ضرورته ولو بدون إذنه فلو أكل هؤلاء ماحرم الله ، كالميتة وغيرها لحل لهم ذلك ولولا حالة الضرورة هذه لقطع عمر أيديهم، وحالة الضرورة هذه شبهة تدرأ الحد فعمر- رضى الله عنه- لم يسقط الحد بعد وجوبه، بل هو لم يجب أصلا لوجود الشبهة التى أوجبت درأه [1].

---

[1] انظر : المصلحة ونجم الدين الطوفى ص ٣١ ، ٣٢ (وانقل بتصرف)

ومن هذا النوع أيضا: حكم عمر رضى الله عنه بتأبيد الحرمة على من تزوج امرأة فى عدتها ودخل بها زجرا لأمثاله أن يفعلوه، ومعاملة له بنقيض مقصوده ، مع أنها لم تعد من المحرمات فى القرآن والسنة... وكحكم عثمان رضى الله عنه بتوريث المبتوتة فى مرض الموت بعد انقضاء عدتها ، معاملة للزوج بنقيض مقصودة لأن قصده الفرار من الميراث ، وهذه لم تعد في جملة الورثة حيث خرجت عن الزوجية....

وإذا كان الشارع منع القاتل من الميراث معاملة له بنقيض مقصودة حيث استعجل الميراث بالقتل فحرمه الشارع منه، فهؤلاء سلكوا سبيله موافقين غير مخالفين ، ومعتقدهم فى ذلك أن الأحكام شرعت لمقاصد قصدها الحكيم سبحانه، ولولا هذا لوقفوا عند النصوص [1].

هـ- وهناك أفعال فعلوها لم تكن على عهد رسول الله ﷺعللوها بأنها خير، وأحكام حكموا بها فى حوادث جدت معللين بما يوافق العلل المنصوصة .

- فمن الأول: قول عمر لأبى بكر- رضى الله عنهما- فى مسألة جمع القرآن كما رواه البخارى لما قال له أبو بكر: كيف تفعل فعلا لم يفعله رسول الله ﷺ؟ فقال: والله إنه خير ومصلحة الإسلام، فلما اقتنع أبو بكر بخيريته ، أمر زيد بن ثابت بالجمع ، فقال له الآخر: كيف تفعل شيئا لم يفعله رسول الله؟ فأجاب بأنه خير.

---

[1] انظر : تعليل الأحكام ص ٦٣ .

ووجه المصلحة فيه : أن القرآن كان مكتوبا كله ولكنه مفرق، وكان المعتمد عليه حينئذ مافى صدور الرجال فلما قتل عدد كبير من القراء فى وقعة اليمامة، رأوا أنهم لو تركوه ضاع بموت القراء. وقد يقال: إنهم لم يفعلوا شيئا لم يفعله رسول اللهﷺ لأنه كان يأمر الكتاب بالكتابة، وتوفى والقرآن كله مكتوب.

والجواب: أنهم جمعوه فى مكان واحد مرتبا بعد أن كان مفرقا غير مرتب ولأنه لو كان مكتوبا على الوجه الذى جمعوه، لما نازع أبوبكر أولا محتجا بأنه شى لم يفعله رسول الله ، وكذلك ابن ثابت؟ ولما لجأ عمر إلى القول بأنه خير، بل كان يكفى أن يقول: إن رسول الله فعله[1].

- ومن الثانى: ما أخرجه عبد الرزاق وابن أبى شيبة عن القاسم: أن رجلا سرق من بيت المال ، فكتب عمر بن الخطاب "لاتقطعه فإن له فيه حقا" [2].

وروى مالك فى الموطأ بسند متصل: " أن عبد الله بن عمرو الحضرمى جاء بغلام له إلى عمر بن الخطاب فقال له: اقطع يد غلامى فإنه سرق فقال له عمر: ماذا سرق؟ فقال: سرق مرآة لامرأتى ثمنها ستون درهما؟ فقال عمر: أرسله فليس عليه قطع خادمكم سرق متاعكم[3].

---

[1] انظر : المرجع السابق ص ٦٤ .

[2] سبل السلام جـ٤ ص ٢٦ .

[3] انظر : المنتقى شرح موطأ مالك جـ٧ ص ١٨٤ الطبعة الأولى .

وروى محمد بن الحسن قال: أخبرنا أبو حنيفة عن حماد بن إبراهيم: أن معقل بن مقرن المزني أتى عبد الله بن مسعود رضي الله عنه بأمة له زنت، قال: اجلدها خمسين جلدة، فقال: إنها لم تحصن، قال عبد الله : إسلامها إحصانها قال: فإن عبدا لي سرق من عبد لي آخر، قال "ليس عليه قطع، مالك بعضه من بعض [1].

فهذه الآثار نفت القطع بعد ثبوت مقتضاه وهو السرقة، وأخرجت هؤلاء من عموم النص بعد تعليلهم بما يدفع الحد عنهم من وجود الشبهة في السارق من الغنيمة وهي أنه صاحب حق وفي الخادم وهي خدمته، وعدم إحراز المال عنه لكثرة دخوله عليه، فلم يتحقق موجب القطع وإن سمي سارقا وفي العبد الذي سرق من زميله، وهي أن الكل مال السيد وعدم حرزه عنهم . وكل هذا موافق أو مأخوذ من قوله ﷺ" ادروا الحدود بالشبهات " [2] أو ما في معناه [3].

و- وهناك أحكام اشتبه الأمر فيها على بعضهم فتوقف فيها أو حكم بحكم غير صحيح فيبين له صحابي آخر الصواب فيها فيوافقه.

من ذلك: ماروي عن محمد بن الحسن أنه قال: أخبرنا أبو حنيفة عن حماد بن إبراهيم " أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أتي برجل قد قتل عمدا فأمر بقتله فعفا بعض الأولياء، فأمر بقتله، فقال عبد الله بن

---

[1] انظر : الآثار لمحمد بن الحسن الشيباني ص ١٠٧ .

[2] الحديث رواه الترمذي والحاكم في مستدركه والبيهقي في سننه عن عائشة رضي الله عنها كما رواه ابن عدي في الكامل .

انظر الفتح الكبير في ضم الزيادة إلى الجامع الصغير جـ١ ص ٦٠ .

[3] انظر : تعليل الأحكام ص ٦٥ ، ٦٦ .

مسعود رضى الله عنه : كانت النفس لهم جميعا، فلما عفا هذا حى النفس فلا يستطيع أن يأخذ حقه، يعنى الذى لم يعف، حتى يأخذ حق غيره قال: فما تري؟ قال: أرى أن تجعل الدية عليه فى ماله وترفع عنه حصة الذى عفا. قال عمر رضى الله عنه: وأنا أرى ذلك [1].

بيان هذا: أن الله سبحانه حكم بالقصاص فى القتل إلا إذا وجد عفو، فإنه يسقط عنه القود. يقول الله سبحانه: " **يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى فمن عفي له من أخيه شئ فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان ذلك تخفيف من ربكم ورحمة.** " [2] والعفو له خمسة معان الذى يصح منها هنا أحد معنيين: العطاء أو الإسقاط. رجح الشافعى الاسقاط ، وغيره العطاء. وروى عن رسول الله ﷺ أنه قال: "من قتل له قتيل فهو بخير النظرين: إما أن يفتدي وإما أن يقتل " وفى رواية الترمذى "إما أن يعفو وإما أن يقتل [3] وفى رواية أبى داود والنسائى " فمن قتل له قتيل بعد مقالتى هذه فأهله بين خيرتين إما أن يأخذوا العقل أو يقتلوا، [4] فقد جعل الخيار للولى فى القتل أو أخذ الدية إن عفا، وليس فى الآية والحديث حكم ما لو عفا بعض الأولياء دون الآخرين. فعمر رضى الله عنه نظر فى القضية وحكم بالقود كما هو الأصل. ولما عفا البعض ظن أن العفو لا يعمل إلا إذا كان من الجميع، فرجح جانب صاحب الأصل وهو الذى لم يعف فود

---

[1] انظر : الآثار لمحمد بن الحسن ص ١١٣ .

[2] سورة البقرة : آية ١٧٨ .

[3] نيل الأوطار جـ٧ ص٦٠ .

[4] سبل السلام جـ٣ ص ٢٤٣ ، ٢٤٤ .

عليه ابن مسعود مبينا له أن لكل منهما حقا مستقلا لايجوز إسقاط أحدهما بالآخر، فصاحب العفو لما عفا أسقط القود عن النفس، فلو أمضيناه أسقط حق الذى لم يعف، ولم أمض حق الطالب للقصاص ضاع حق الذى عفا، فجمعا بين الحقين؟ نفرض الدية وفيها يمكن استيفاء كل منهما حقه فيأخذ الطالب نصيبه ويسقط حق الذى عفا [1].

وأخيرا هناك أحكام وقفوا عندها غير معللين أو ظهرت لهم العلة وزوالها، ولكنهم آثروا الوقوف عندها اقتداء برسول الله ﷺ لعدم المصلحة فى تغييرها، وهذا النوع يختلف عما تقدم.

من ذلك: ماروى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه جاء إلى الحجر الأسود فقبله فقال: إنى أعلم أنك حجر لاتضر ولاتنفع ولولا أنى رأيت رسول الله ﷺ يقبلك ماقبلتك " [2] وقال: " مالنا وللرمل إنما راءينا به المشركين وقد أهلكهم الله، ثم قال: شئ صنعه رسول الله ﷺ لا نحب أن نتركه ثم رمل " [3].

فعمر رضى الله عنه يعرف العلة وزوالها، ومع ذلك يؤثر اتباع رسول الله ﷺ معترفا أن هذا الحكم وما شابهه تعبدى محض أمرنا بالوقوف عنده لانعدوه إلى غيره.

فكثير مانراه رضى الله عنه يعلل الأحكام بعلل اتباعا للمصلحة، لكنه رأى فى هذا الفعل (الرمل) أنه وإن كانت العلة قد زالت فلم يجد

---

[1] انظر : تعليل الأحكام ص ٦٦ ، ٦٧ .

[2] رواه البخارى فى باب ما ذكر فى الحجر الأسود جـ١ ص ١٨٣ ، دار مطابع الشعب .

[3] نقله البيهقى فى سننه جـ٥ ص ٨٢ .

مصلحة فى تركه ولايترتب على فعله مفسدة، ومثل هذا لا يترك وذلك يهدينا إلى مبلغ فهمهم لشريعة الله ومقاصدها، وعدم وقوفهم عند النص فى كل شئ بل فى الأحكام الثابتة التى لايتغير المقصود منها على مر الأيام.

والخلاصة:

أن الصحابة- رضوان الله عليهم- عللوا وأثبتوا الأحكام بناء على هذه العلل، وكان من نتيجة تعليلهم هذا أن غيروا بعض الأحكام تبعا لتغير المعنى الذى من أجله شرع الحكم [١].

[١] انظر: تعليل الأحكام ص ٧١.

المبحث الخامس

منهج التابعين وتابعيهم في التعليل

انتهى عصر الصحابة رضوان الله عليهم ، وجاء عصر التابعين وتابعيهم، وكانوا كسلفهم أمناء على شرع الله محافظين على حدود الله، وكان منهجهم فى التعليل لايخرج أيضا عن منهج أسلافهم، وإن تفرقوا فى الطريقة واختلفوا فى المشرب حسب المعين الذى شربوا منه، والصحابى الذى تلقوا عنه، والبيئة التى كونتهم، والظروف التى أحاطت بهم.

وإليك بعضا من هذه التعليلات [١]:

أ – فهناك نصوص جاءت بأحكام مطلقة أو عامة، فوجدوا العمل بهذا الإطلاق أو العموم موصلا إلى خلاف المصلحة، فعملوا بالمصلحة، وإن أدت إلى تقييد النص، أو تخصيصه.

من ذلك ماروى عن أنس رضى الله عنه قال: غلا السعر على عهد رسول الله ﷺ فقالوا: يارسول الله لو سعرت ، فقال: إن الله هو القابض الباسط الرازق المسعر وإنى لأرجو أن ألقى الله عز وجل ولايطلبنى أحد بمظلمة ظلمتها إياه فى دم ولا مال " [٢] وعن أبى هريرة رضى الله عنه قال: جاء رجل فقال: يا رسول الله سعر لنا ، فقال: بل

---

[١] انظر : تعليل الأحكام ص ٧٢ ومابعدها .

[٢] انظر : نيل الأوطار جـ٥ ص ١٨٦ .

ادعوا الله. ثم جاء آخر فقال: يا رسول الله سعر، فقال: بل الله يخفض ويرفع " [١].

فالرسول ﷺ لايرضى بالتسعير، لما فيه من ظلم بأرباب السلع وهم التجار، حيث إن التسعير يجبرهم على بيع أموالهم بما لايرضون به. والله سبحانه وتعالى نهى عن أن تؤكل أموال الناس إلا إذا كانت تجارة عن تراض .

غير أن طائفة من التابعين كسعيد بن المسيب وربيعة بن عبد الرحمن ويحى بن سعيد الأنصارى أفتوا بجواز التسعير كما نقله عنهم أبو الوليد الباجى فى شرح الموطأ [٢]. فما الذى استندوا إليه والحديث صريح لالبس فيه، هل ورد حديث آخر يبيح التسعير؟ لا، ولكنها المصلحة ودفع الضرر...

فقد نظر هؤلاء إلى النهى معللا بعدم ما يقتضيه، ومجرد غلاء السعر الذى حدث لايوجبه، فلما جد فى زمنهم مايحوج إليه أفتوا به. ومن تأمل لفظ الحديث بروا يتيه، لم يجد فيه أن التسعير حرام لاتصريحا ولاتلويحا ، بل غاية مافيه تفويض الأمر لله لأنه القابض الباسط ، وأمر لهم بالدعاء كى يرفع الله عنهم مانزل بهم، ولم يكن ثمة غير غلاء السعر، والغلاء كما يكون من تحكم أصحاب السلع رغبة فى ربح كبير، يكون من قضية العرض والطلب، فلو كان الذى حدث فى عهد رسول

---

[١] انظر : المرجع السابق .

[٢] انظر : المنتقى شرح موطأ مالك جـ ٥ ص ١٨ . وقال الباجى فيه موجهاً هذا الجواز : " إنه نظر لمصالح الناس ومنع للإفساد عليهم ، وليس فيه جبر للباعة على البيع حتى يكون منافياً للملك ولكنه منع من البيع بغير هذا السعر على حسب ما راه الإمام من المصلحة فيه للبائع والمبتاع ولايمنع البائع ربحاً ولايسوغ له منه ما يضر الناس "

الله ﷺهو تحكم التجار قصد إضرار الناس، ماتركهم من غير تسعير رفعا لهذا الظلم، ولكن الذى حدث فى عصره ﷺ هو مجرد الغلاء فقــط كمــا جاء فى رواية أنس رضى الله عنه "غلا السعر على عهد رســول الله ﷺ فقالوا : يا رسول الله، لو سعرت... " [١].

ب- وهناك أحكام لم يرد بها نص أفتوا وقضوا بها لما فيها من المصلحة وهو مايسمى بالمصلحة المرسلة فى عرف الأصوليين.

من ذلك: ما جاء فى الأم للإمام الشافعى وقد ذهب إلى تضميــــن القصار شريح، فضمن قصارا احترق بيته، فقال : تضمننى وقد احــترق بيتى ؟ فقال شريح: "أرأيت لو احترق بيته كنت تترك له أجرك [٢].

فتراه قد أفتى بما فيه مصلحة الناس، ويرد على قول القصار الذى استبعد فيه تضمينه مع احتراق بيته وليس له دخل فيه بأن هذا لايصلــــح علة لسقوط الضمان مناظراً بشئ متفق عليه وهو احتراق بيت صــــاحب الثوب الذى لايسقط الأجرة عنه، فكذلك هذا [٣]

ج- وهناك أفعال مباحة أو مسنونة تركوها لما يترتب على فعلـــها مــن المفاسد: من ذلك؟ مارواه الطبرى عن هشام بن عروة عن أبيه عــن يحى بن عبد الرحمن بن حاطب " أنه اعتمر مع عمر بن الخطـــاب فى ركب فيهم عمرو بن العاص ، وأن عمر بن الخطاب ،عرس[٤]

---

[١] انظر : تعليل الأحكام ص ٧٨ ، ٧٩ .

[٢] انظر : الأم جـــ٧ ص ٨٧ .

[٣] تعليل الأحكام ص ٨٥ ، ٨٦ .

[٤] جاء فى المصباح المنير مادة عرس : ويقال عرس إذا نزل المسافر ليستريح نزلة ثم يرتحل ، وقالوا : عـــرس القـــوم فى المنزل تعريساً إذا نزلوا أى وقت كان من ليل نهار . انظر الكتاب المذكور ص ٥٤٩ .

ببعض الطريق قريبا من بعض المياه ، فاحتلم عمرو وقد كاد أن يصبح فلم يجد مع الركب ماء ، فركب حتى جاء الماء فجعل يغسل مارأى من ذلك الاحتلام حتى أسفر ، فقال له عمرو بن العاص : أصبحت ومعنا ثياب فدع ثوبك يغسل ، فقال عمر: واعجبا لك يا عمرو بن العاص لئن كنت تجد ثيابا أفكل الناس يجد ثيابا؟ والله لو فعلتها لكانت سنة بل أغسل ما رأيت وأنضح [١] مالم أر" [٢]

فقد امتنع رضى الله عنه من فعل مباح لما يترتب عليه من مفسدة الحرج على الناس والمشقة التى تلحقهم [٣].

د- وقد يشتبه علي أحدهم الحكم فيحكم أو يفتى خطأ فيبين له الآخر وجه الصواب مبينا سبب الخطأ فيما قال.

من ذلك: مارواه ابن سعد فى طبقاته قال: "سأل رجل سعيد بن المسيب فى رجل نذر فى معصية، فقال سعيد : يوفى به، فنسأل عكرمة فقال : لايوفى به . قال : فذهب الرجل إلى سعيد فأخبره بقول عكرمة ، فقال سعيد : لاينتهى عبد ابن عباس حتى يلقى فى عنقه حبل ويطاف به قال: فجاء الرجل إلي عكرمة فأخبره الخبر فقال له عكرمة: إنك رجل

---

[١] يقال : نضحت الثوب نضحا من باب ضرب ونفع وهو البل بالماء والرش والمصباح المنير ص ٨٣٧ . مادة نضح .

[٢] انظر : المنتقى شرح موطأ مالك جـ١ ص ١٠٢ .

[٣] انظر : تعليل الأحكام ص ٨٩ .

سوء قال: لم؟ فقال: فكما بلغتني فبلغه قل له: هذا النذر لله أم للشيطان؟ فو الله إن زعم أنه لله ليكذبن، ولئن زعم أنه للشيطان ليكفرن [1] " [2].

فابن المسيب نظر إلى النص وهو قوله تعالى: " وليوفوا نذورهم" [3] حيث لم يفصل، وكذلك الأحاديث مطلقة ولكن عكرمة يخطئه في هذا وينظر إلى المعنى المقصود من الأمر بالوفاء بالنذر، وأنه معلل بكونه قربة وعبادة يتقرب بها إلى الله سبحانه، فإذا خرج عن هذه الدائرة أمتنع الوفاء به ولذلك أفتى هنا بعدم الوفاء مبينا علة الحكم بأن هذا النذر إن كان لله فلا يصح حيث يمتنع التقرب إليه بالمعاصي ، وإن كان للشيطان كفر من أمره بالوفاء به [4].

---

[1] وفيه قول الرسول ﷺ : " من نذر نذرا في معصية فكفارته كفارة يمين " حجة الله البالغة جـ٢ ص ٢٠٤ دار التراث .

[2] انظر : الطبقات الكبرى لابن سعد جـ٥ ص ٢١٤ طبع ليدن .

[3] سورة الحج : آية ٢٩ .

[4] انظر : تعليل الأحكام ص ٩١ .

المبحث السادس

التعليل فى عصر تأليف الأصول

بينا آنفا أن التعليل هو- أولا- مسلك القرآن والسنة، ثم علل الصحابة بفطرتهم السليمة ثم سار على نهجهم التابعون وتابعوهم... ثم ابتلى الناس بعلم الكلام ، فجاء التعقيد والخلاف والجدل، ثم انتقل أثر ذلك إلى الميدان الأصولى لاسيما أن عددا من كبار المتكلمين كانوا أصوليين وألفوا فى علم الأصول.

وما بيناه سابقا يدل على أن التعليل قبل هذه الحقبة ، أو قبل تأثير علم الكلام فى المجال الفقهى الأصولى- كان مسألة مسلمة كما ذكر الشاطبى رحمه الله [1] حيث ينظر إلى الشريعة على أنها رحمة وخير وصلاح وعدل وتزكية، وأنها لم تترك خيرا إلا دلت عليه ، ولم تترك شرا إلا نهت عنه وسدت طريقه ، وأن هذه غايتها وعلتها.

يقول فضيلة الدكتور محمد مصطفى شلبى بعد أن ذكر مسلك القرآن والسنة فى التعليل وجمع كثيرا من تعليلات السلف واجتهاداتهم المبنية عليها: "وما كنت بحاجة إلى هذا البحث بعد ماتقدم من عرض نصوص التعليل فى القرآن والسنة ومسلك الصحابة والتابعين وتابعيهم فيه غير متخالفين ولامتنازعين ، وفيه الحجة القاطعة على أن أحكام الله

(1) انظر : الموافقات جـ٢ ص ٦ .

معللة بمصالح العباد، وقد وجد إجماع أو شبه إجماع على هذه الدعــوى قبل أن يولد المتخاصمون فيها... " [1].

وقد جزم كثير من العلماء بانعقاد الإجماع فى مســألة التعليــل . ومن هؤلاء الآمدى رحمه الله " فقد نص على أنه لا يجوز القول بوجــود حكم لا لعلة إذ هو خلاف إجماع الفقهاء على أن الحكم لا يخلو من علة " ثم أكد ذلك موضع آخر بقوله : "إن أئمة الفقه مجمعة على أن أحكــام الله تعالى لا تخلو من حكمة ومقصود " [2] وبمثل هذا صرح ابن الحــاجب فقال: " فإن الأحكام شرعت لمصالح العباد بدليل إجماع الأئمة" [3].

ويقول الطوفى : " أجمع العلماء - إلا من لا يعتد به من جــامدى الظاهرية- علي تعليل الأحكــام بالمصــالح ودرء المفاســد، حتــى إن المخالفين فى كون الإجماع حجة قالوا بالمصالح " [4].

---

[1] انظر : تعليل الأحكام ص ٩٦ .

[2] انظر : الاحكام جـ٣ ص ٣٨٠ ، ٤١١ .

[3] انظر : منتهى الوصول والأمل فى علمى الأصول والجدل ص ١٨٤ .

[4] انظر : المصلحة ونجم الدين الطوفى ص ٢١٥ .

والشاطبى نفسه- الذى صرح بوجود مخالفين فى المسألة- نجده ينص أيضا : على وجود إجماع على التعليل فيقول : "والإجماع على أن الشارع يقصد بالتكليف المصالح على الجملة " [1]، ويقول أيضا: "الشارع وضع الشريعة على اعتبار المصالح باتفاق[2].

وقد انتقد العلامة شاه ولى الله الدهلوى منكرى التعليل وأنكر عليهم ظنهم أن الشريعة ليست سوى اختبار وتعبد لا اهتمام لها بشئ من المصالح ، ثم قال: "وهذا ظن فاسد تكذبه السنة وإجماع القرون المشهود لها بالخير" [3].

هذا: والإجماع المذكور فى الأقوال السابقة وإن كان ينصرف أساسا إلى السلف من جهة وإلى الفقهاء والأصوليين من جهة أخرى، فانصرافه هذا لاينقص من قيمته فى شئ ، لأنه إجماع السلف المقتدى بهم ، كما أنه إجماع أهل الاختصاص بعد ذلك.

ومن هنا: فإن خرق بعض المتكلمين فى زمن متأخر لهذا الإجماع، لايقدح فيه، بل الإجماع قادح فيما ابتدعوه من النظريات والمعقولات الجدلية [4].

ومن هنا أيضا: فلا عبرة بما قاله ابن السبكى وهو يعقب على قول البيضاوى: " الاستقراء دل على أن الله تعالى شرع أحكامه لمصالح

---

[1] انظر : الموافقات جـ٢ ص ١٢٦ .

[2] انظر : المرجع السابق جـ١ ص ١٣٩ .

[3] انظر : حجة الله البالغة جـ١ ص ٦ .

[4] انظر : نظرية المقاصد ص ١٨٥ .

عباده تفضلا وإحسانا " حيث قال في الشرح: "وقد ادعى بعضهم الإجماع على أن الأحكام مشروعة لمصالح العباد... وهذه الدعوى باطلة ، لأن المتكلمين– يقصد المتكلمين الأشاعرة – لم يقولوا بتعليل الأحكام، لا بطريق الوجوب ولا الجواز... " [١]. وما ذكره ابن السبكي لايقدح في دعوى الإجماع ، لأن الظاهر من أدلة المنكرين أن محل الإنكار إنما هو التعليل بعلل موجبة وباعثة حقيقة لله تعالى على أن يحكم بحكم معين، وليس هذا موضوع الإجماع، وإنما موضوعه: أن الله تعالى شرع أحكامه لحكم ومصالح تعود على العباد. لا على معنى أن تكون هذه الحكم أغراضا باعثة حقيقة له تعالى بحيث يعد مستكملا بغيره، بل على معنى أنها غاية وحكمة مترتبة على فعله وحكمه [٢].

---

[١] ثم ذكر دليلهم على إنكار التعليل قائلا " وقد قالوا لايجوز أن تعلل أفعال الله تعالى : لأن من فعل فعلا لغرض كان حصوله بالنسبة إليه أولى سواء كان ذلك العرض يعود إليه أم إلى الغير وإذا كان كذلك يكون ناقصا في نفسه مستكملا في غيره ويتعالى الله سبحانه عن ذلك " انظر الابهاج شرح المنهاج جـ ٣ ص ٦٨ .

وقد رد على هذا الدليل المذكور لمنكرى التعليل بأن الحكم والمصالح والغايات المترتبة على أعمال الله بتشريع أحكامه إنما هي راجعة إلى المكلفين فالعباد هم المحتاجون إلى تلك الحكم والمصالح فمن أجل ذلك شرع أحكامه لمصلحة راجعة إلى الخلق ,

[٢] وإذا كان ابن السبكي قد نفى التعليل بالمصالح بمعنى الاغراض والبواعث ، فإن هذا ليس معناه أنه ينفي التعليل بالحكم والمصالح التي ليست بأغراض أو بواعث لأنه قائل بذلك يدل عليه أنه صرح قبل نقضه للإجماع المذكور في المسألة أن أحكام الشرع قد جاءت على وفق مصالح العباد فقال : أنا استقرأنا أحكام الشرع فوجدناها على وفق مصالح العباد ، وذلك من فضل الله تعالى وإحسانه لا بطريق الوجوب عليه خلافا للمعتزلة فحيث ثبت حكم وهناك وصف صالح لعلية ذلك الحكم ولم يوجد غيره يحصل ظن أن ذلك الوصف علة لذلك الحكم والعمل بالظن واجب "

انظر : الابهاج شرح المنهاج جـ٣ ص ٦٨ .

على أن من أمعن النظر ودقق البحث وجد أنه: لا خـــلاف فـــي الحقيقة بين متكلمى الأشاعرة القائلين بأن الأحكام الشرعية ليست معللـــة بالحكم والمصالح وبين الجمهور القائلين بأنها معللة، لأن العلل والبواعث التى قال بها الجمهور: هى المصالح والحكم المترتبة على أحكامه تعـالى المقصودة من شرعيتها على سبيل التفضل والإحسان.

وأما البواعث التى أنكرها متكلمـــوا الأشـاعرة : فـهى العلـل والبواعث والأغراض الحاملة للفاعل على الفعل، المسلتزمة للنقص فـــى حق الفاعل لاستكماله بها، وهذا لايقول به الجمهور قطعا بل ينكرونـــها إنكارا باتا، إذ الكل متفق علي وجوب اتصافه تعالى بالكمـــال المطلـق والاستغناء التام .

فالعلماء جميعا متفقون على نفى الأغراض والعلل عـــن أحكامـه تعالى وأفعاله بمعناها الحقيقى المتعارف فى الحوادث ، وعلـــى إثباتـــها للأحكام والأفعال بمعني الحكم والمصالح المترتبة عليـــها علـــى ســـبيل التفضل والإحسان.

غاية الأمر: أن الجمهور من الفقهاء يعبرون عن . هـــذه الحكـم والمصالح بالعلل والبواعث، ولايتحرجون من هذا التعبير اعتمادا علـــى أن الأدلة القطعية الدالة على اتصافه تعالى بالكمال المطلق كفيلة بإبعـــاد ظاهره عن الأفهام.

وأما متكلموا الأشاعرة: فإنهم يعبرون عن هذا بالغايات والحكم ويتحاشون التعبير عنها بالعلل والبواعث لما فيه من إيهام المراد [1].

وإذا كانت حكاية الإجماع على أن الأحكام معللة بمصالح العباد، لاتتنافى مع ماحكى عن متكلمى الأشاعرة من إنكار التعليل ، فهناك مسألة أخرى تتعلق بما تقدم ، وهى وجوب تعليل أفعال الله تعالى عند المعتزلة أو منع ذلك عند غيرهم وأرى نقل عبارة الطوفي فى هذا المضمار، فإنها على قصرها مفيدة لتصور الآراء فى المسألتين، مع تجنب الجدل، والتطويل والمناقشات العقلية الكثيرة.

---

[1] ومن الذين اهتموا برفع الخلاف بين القائلين بالتعليل وبين المتكلمين المنكرين له، ابن الهمام الحنفى ، فقد حاول تقريب الشقة بقوله: الأقرب إلى التحقيق أن الخلاف لفظى مبنى على معنى العرض.فمن فسره بالمنفعة العائدة إلى الفاعل، قال: لا تعلل، ولاينبغى، أن ينازع فى هذا. ومن فسره بالعائدة على العباد، قال: تعلل، وكذلك لاينبغى أن ينازع فيه ".وقد مال ابن عاشور- شيئا ما- إلى مثل هذا التوفيق فقال: "والمسألة مختلف فيها بين المتكلمين اختلافا يشبه أن يكون لفظيا.فإن جميع المسلمين اتفقوا على أن أفعال الله تعالى ناشئة عن إرادة واختيار، وعلى وفق علمه. وأن جميعها مشتمل على حكم ومصالح.و إنما الخلاف فى أنها أتوصف بكونها أغراضا وعللا غائية أم لا" ثم نبه على أمر قد يكون هو الخلفية الحقيقية لهذا الإنكار الغريب لتعليل الأحكام ، وهو أن المنكرين قد اضطروا لهذا الإنكار فرارا من المقولات والالزامات الاعتزالية، التى تجعل القول بالتعليل مقدمة للقول بوجوب الأصلاح والإصلاح على الله.وقد ذهب الدكتور البوطى إلى توفيق آخر، فقد رأى أن التعليل المقصود فى علم الكلام هو غير التعليل الأصولى الفقهى. ولهذا فالتعليل المنفى هناك هو غير التعليل المثبت هنا. قال: "فالعلة التى يتحدثون عنها فى علم الكلام، هى العلة التى يقصدها الفلاسفة ، وهى مايوجب الشئ لذاته ... ولا ريب أنه لايصح أن ينسب هذا التعليل إلى أفعال الله تعالى بأى حال... أما مراد أهل السنة بالعلة التى يثبتونها للأحكام فى بحث الأصول ، فهو العلة الجعلية التى تبدو لنا كذلك، إذ جعلها الله تعالى موجبة لحكم معين. انظر: تيسير التحرير جـ٣ ص ٣٠٤، ٣٠٥، ونظرية المقاصد ١٨٧،١٨٨ نقلا عن تفسير التحرير والتنوير للطاهر بن عاشور جـ١ ص ٣٧٩- ٣٨١، وضوابط المصلحة ص ٩٦، ٩٧ (والنقل بتصرف).

قال نجم الدين الطوفي عند بيان اهتمام الشارع بالمصلحة من جهة التفصيل [1]: " وأما التفصيل ففيه أبحاث :

[1] أما بيان اهتمام الشارع بالمصلحة من جهة الإجمال ، فقد ذكر- رحمه الله- قوله عز وجل: "يا أيها الناس قد جاءتكم موعظة من ربكم وشفاء لما في الصدور وهدى ورحمة للمؤمنين، قل بفضل الله وبرحمته فبذلك فليفرحوا هو خير مما يجمعون " ٥٧، ٥٨ سورة يونس.

ودلالتهما من وجوه: أحدهما: قوله عز وجل: لا قد جاءتكم موعظة"حيث اهتم بوعظهم وفيه أكبر مصالحهم ، إذ في الوعظ كفهم عن الردى وإرشادهم إلى الهدى.

الثاني : وصف القرآن بأنه شفاء لما في الصدور يعني من شك ونحود ، وهو مصلحة عظيمة .

الثالث : وصفة بالهدى .

الرابع : وصفة بالرحمة ، وفي الهدى والرحمة غاية المصلحة

الخامس إضافة ذلك إلى فضل الله ورحمته ، ولايصدر عنهما إلا مصلحة عظيمة .

السادس : أمره إياهم بالفرح بذلك فقوله عز وجل : " فبذلك فليفرحوا " هو في معنى التهنئة لهم ، والفرح والتهنئة إنما يكونان لمصلحة عظيمة .

السابع : قوله عز وجل " هو خير مما يجمعون " والذي يجمعونه هو من مصالحهم . فالقرآن ونفعه أصلح من مصالحهم، والأصلح من المصلحة غاية المصلحة . ثم قال فهذه سبعة أوجه تدل على أن الشرع راعى مصلحة المكلفين واهتم بها . (المصلحة ونجم الدين الطوفي ص١٩ ، ٢٠ من ملحق الرسالة) .

البحث الأول:

فى أن أفعال الله عز وجل معلله [1] أم لا .

حجة المثبت: أن فعلا لا علة له عبث، والله عز وجل منزه عن العبث، وأن القرآن مملوء من تعليل الأفعال نحو "لتعلموا عدد السنين والحساب [2].

وحجة النافى: أن كل من فعل فعلا لعلة فهو مستكمل بتلك العلة مالم يكن له قبلها، فيكون ناقصا بذاته كاملا بغيره، والنقص على الله عز وجل محال.

وأجيب عنه بمنع الكلية ، فلا يلزم ما ذكروه إلا فى حق المخلوقين. والتحقيق أن أفعال الله عز وجل معللة بحكم غائية تعود بنفع المكلفين وكمالهم، لا بنفع الله عز وجل وكماله لاستغنائه بذاته عما سواه.

البحث الثاني:

أن رعاية المصالح تفضل من الله عز وجل على خلقه عند أهل السنة، واجبة عليه عند المعتزلة.

---

[1] أصل هذه المسألة : القول بوجوب الأصلح على الله عند المعتزلة بناء على الحسن والقبح العقلى عندهم ، وأصل الحسن والقبح فرع أن أفعال العباد مخلوقة بقدرة العبد استقلالا . وقال الأشاعرة لايجب على الله الأصلح لانتفاء الحسن والقبح ، لأن الأصل فى أفعال العباد عندهم أنها مخلوقة لله ، وأعمال العباد من مسائل الكلام وهى أول مسالة وقع فيها النزاع بين متكلمى الأشاعرة والمعتزلة اختلف فيها واصل بن عطاء مع أستاذه الحسن البصرى واعتزله .

[2] سورة الاسراء :آية ١٢.

حجة الأولين: أن الله عز وجل متصرف فى خلقه بـــالملك، فــلا يجب عليه شئ، وأن الإيجاب يستدعى موجبا أعلى، ولا أعلـــى مــن الله عز وجل.

وحجة الآخرين: أن الله عز وجل كلف خلقه بالعبادة فوجـــب أن يراعى مصالحهم إزالة لعللهم فى التكليف، وإلا لكان ذلك تكليفا بمــــا لا يطاق أو شبيها به.

وأجيب عنه: بأن هذا مبنى على تحسين العقل وتقبيحه وهو بــاطل عن الجمهور.

والحق أن رعاية المصالح واجبة من الله عز وجل حيــث الــتزم التفضل بها لا واجبة عليه، كما فى قوله تعـــالى:" **إنمـــا التوبـــة علـــى الله**"[1]فإن قبولها واجب منه لاعليه، وكذلك الرحمة فى قولة تعالى: "**كتب ربكم على نفسه الرحمة** "[2]فإن الرحمة واجبه منــــه لا عليـــه ونحـــو ذلك[3]. هذا : ونخلص مما تقدم أن من نفى التعليل ومن أثبته كلهم متفقون على أن المصالح معتبرة في الأحكام، فالأحكام معللة بـــــها، لأن النـــافى ينفى التعليل الباعث و الحامل للفاعل على أن يحكم بحكم معين، وهــــذه إحدى المسألتين .

أما وجوب تعليل أفعاله تعالى عند المعتزلة، ومنــــع ذلــك عنــد الأشاعرة فحاصلها :

---

[1] سورة النساء :آية ١٧.

[2] سورة الأنعام :آية ١٢.

[3] انظر المصلحة ونجم الدين الطوفى ص٢١، ٢٢ من ملحق الرسالة .

أنه أسند إلى الأشاعرة منع التعليل ، فبعضهم فسره باستحالته، وبعضهم أسند إليهم عدم وجوبه فى مقابلة المعتزلة القائلين بالوجوب، وعلى الأخير يلزم منه أنهم قالوا بجوازه، وهذا ما عبروا عنه عندهم بالوجوب تفضلا وإحسانا، وهو معنى قول الطوفى واجب منه. ومن نسب إليهم استحالة التعليل فهمه من استدلالهم بلزوم الاستكمال بالغير، لأنه يتفرع على الوجوب والجواز معا.

وصرح الماتردية بأن أفعال الله تعالى كلها معللة بالمصالح لاعلى سبيل الوجوب، وعمموا فقالوا: إنها معللة سواء ظهرت لنا المصالح أم خفيت علينا.

أما المعتزلة فقد أطلقوا بحكم مذهبهم فى جانب الله لفظى الوجوب والغرض، عملا بمبدئهم: وهو وجوب فعل الصلاح والأصلح على الله سبحانه، والوا قع: أن المعتزلة لا يريدون الوجوب – أى وجوب رعاية المصالح على الله تعالى– بمعنى القهر، بل قالوا: إن من حكمة الله تعالى أن لا تخلو أحكامه عن الغرض، وأرادوا بالغرض الغاية، وهو متمحض لتكميل الغير، فهو أمر يتبع الكمال ولا يتبعه الكمال، وقالوا: إن الباعث له تعالى على الفعل هر محض الجود من الفاعل والرحمة منه... وقالوا أيضا فى الوجوب: بأنه وجوب التواب والجود، وهذا المعنى الذى أرادوه يساوى ما قاله بعض الأشاعرة والماتردية وهم الفقهاء: وجوب تفضل وإحسان ، ويدل على إرادة المعتزلة هذا المعنى ما صرحوا به فى وجوب الأصلح حيث قالوا : إن قدرة الله لا تتعلق بغير الأصلح ، لأن

تركه بخل يستحيل علي الكريم البالغ نهاية الكرم [1]، وقد عبر الكمال بن الهمام عنهم بقوله: " فقولهم: يجب الأصلح كقولنا: يجب ألا يتصف بنقص ويجب وقوع وعده " [2].

ويظهر مما تقدم: أن الكل يقولون برعاية المصالح، وأن أحكام الله تعالى معللة بها، وأن من عبر بوجوب رعاية المصالح كمن عبر برعاية المصالح تفضلا منه وإحسانا ، إذ الجميع متفقون فى المعنى، وهو تنزيه الله تعالى عن كل نقص، واتصافه بكل كمال ، لأن إسلامهم يمنعهم أن يصفوا الله بما لا يليق به. وما اشتهر عن المعتزلة إنما هو تحريف فى النقل وخطأ فى الفهم، ربما كان سببه اختلاط المسلمين بغيرهم ووقوع الدس فى الكتب الإسلامية بقصد الهجوم عليهم عن طريق تحريف الآراء. قال ابن القيم: " وما قدروا الله حق قدره " [3] من نفى حقيقة حكمته التى هى الغايات المحمودة المقصودة بفعله. وقال: إن فى حكمة الله تعالى قدر ألف آية فى كتابه. وقال: محال علي أحكم الحاكمين وأعلم العالمين أن تكون أفعاله عارية عن الحكم والمصالح والغايات الحميدة، والقرآن والسنة والعقول والفطر والآيات شاهدة ببطلان ذلك [4].

---

[1] انظر :تعليل الأحكام ص ٩٩ وما بعدها ومقاصد الشريعة لفضيلة الشيخ أنيس عبادة ص ٣١، ٣٢، (والنقل بتصرف).

[2] انظر :تيسير التحرير جـ٣ ص٣٠٥.

[3] سورة الزمر : آية ٦٧.

[4] انظر : مقاصد الشريعة لفضيلة الشيخ أنيس عبادة ص٣٢.

المبحث السابع

ابن حزم والتعليل:

إذا كان البعض قد حاول رفع الخلاف بين الجمهور القائلين بالتعليل وبين المتكلمين المنكرين له، فإنه لايمكن القول بأن المسألة – فى النهاية– أمست لا خلاف فيها، وكيف نقول ذلك، وهناك جبهة قوية أنكرت التعليل من أساسه بل جعلوه دين إبليس، وهم الظاهرية الذين دافعوا عن التعبد المحض، وعلى رأسهم ابن حزم الظاهرى. فذهب الظاهرية إلى أن أحكام الله تعالى لا تعلل بالمصالح إلا إذا نص الشارع على التعليل، فإذا كانت الأحكام لا تثبت إلا بناء عن وجود نص، فكذا التعليل بالمصالح لا يثبت إلا إذا نص عليه. وقد خصص ابن حزم بابا كاملا من كتابه " الإحكام " لهدم فكرة التعليل. قال في عنوانه "الباب التاسع والثلاثون فى إبطال القول بالعلل فى جميع أحكام الدين " وقد نسب هذا الإنكار إلى جميع الظاهرية قبله فقال: " وقال أبو سليمان[1] وجميع أصحابه. رضى الله عنهم: لا يفعل الله شيئا من الأحكام وغيرها لعلة أصلا بوجه من الوجه.... قال أبو محمد : وهذا هو ديننا الذى ندين الله تعالى به، وندعوا عباد الله تعالى إليه، ونقطع على أنه الحق عند الله تعالى" [2].

---

[1] هو أبو سليمان البغدادى الأصفهاني ، داود بن على الظاهرى ، الإمام الأول للظاهرية .

[2] انظر الإحكام فى أصول الأحكام لابن حزم جـ٨ص١١١٠.

واستدل الظاهرية على مذهبهم- وهو منع التعليل بالمصالح- بما يأتي:

أولا: أن الله لا يسأل عما يفعل، والتعليل يوجد مسئولية على الله تعالى وهو منزه عن ذلك بقوله تعالى: " لا يسأل عما يفعل وهم يسألون"[1].

وفى ذلك يقول ابن حزم فى إحكامه: وقد قال الله تعالى واصفا لنفسه: " لايسأل عما يفعل وهم يسألون " فأخبر تعالى بالفرق بيننا وبينه، وأن أفعاله لايجرى فيها "لم؟ ".. وإذا لم يحل لنا أن نسأله عن شئ من أحكامه تعالى وأفعاله " لم كان هذا " فقد بطلت الأسباب جملة، وسقطت العلل ألبتة إلا ما نص الله تعالى عليه أنه فعل أمر كذا لأجل كذا، وهذا أيضا مما لايسأل عنه، فلا يحل لأحد أن يقول : لم كان هذا السبب لهذا الحكم ولم يكن لغيره ؟ ولا أن يقول: لم جعل هذا الشئ سببا دون أن يكون غيره سببا أيضا، لأن من فعل هذا السؤال، فقد عصى الله عزوجل، وألحد فى الدين، وخالف قوله تعالى: (لايسأل عما يفعل) فمن سأل الله عما يفعل فهو فاسق...."- [2]

ويرد على ابن حزم: بأنه اعتبر البحث عن علة النصوص فى الشريعة، كالبحث عن علة فعله تعالى، فكما لايجوز أن نسأل : لم فعل كذا ؟ فلا يجوز أن نسأل: لم نص على كذا؟ وهذا قياس مع الفارق، لأن البحث عن علل النصوص فى الشريعة ومقاصدها، إنما هو لمعرفة

---

[1] سورة الأنبياء :٢٣.

[2] انظر : الإحكام لابن حزم جـ ٨ ص ١١٣٠ .

المراد منها والمطلوب فيها، وقصد الشارع من الحكم الذى اشتمل عليه النص، ولا يدرك ذلك إلا المجتهد، فهو الذى يستطيع أن يتحرى الدقة لمعرفة العلة فى الحكم المنصوص عليه، ويعديه إلى غير المنصوص عليه، أورد الجزئى إلى قاعدته الكلية لينفذ إرادة الشارع فى كل ما يتحقق فيه معنى النص وغايته على الوجه الأكمل، وذلك واجب فى الدين لا ممنوع، لأن النصوص تتناهى والحوادث لاتتناهى، ولايمكن أن ينص على كل جزئية تحدث ، وإنما ينص على مبادئ عامة وأحكام كلية يندرج تحتها مالا يحصى من الجزئيات فالعلة هى نقطة الاتصال بين المنصوص عليه وغير المنصوص فى عملية القياس ، فكيف لا نبحث عنها؟

إذن فالبحث عن العلة إنما هو من أجل تطبيق شرع الله ، ومن أجل الاعتبار الذى أمرنا به فى قوله سبحانه : " فاعتبروا ياأولى الأبصار" [1] وسنه لنا رسول الله ﷺ عملا باجتهاده ، وقولا بما ورد فى حديث معاذ ، فكيف يكون البحث عن العلة استطالة علي مقام الألوهية، وهو في نفس الوقت توضيح لعظمة التشريع الإلهى والإعجاز الربانى.

كما أن من يبحث عن علل النصوص لتحقيق أهدافها، لايجعل الله سبحانه وتعالى مسئولا، إنما ليحقق مسئولية العباد بمقتضى النصوص فى أوسع مدى وأبعد غاية ، وفرق بين الأمرين عظيم جدا. أما السؤال عن فعله سبحانه وتعالى ، فهو استطالة على مقام الربوبية ، وليس لأحد سلطان بجوار سلطانه إنه مالك الملك ذو الجلال والإكرام ، فليس لأحد أن

[1] سورة الحشر :آية ٢.

يستطيل فيسأل عن علة أفعاله تعالى ، لأنــــه الحكيـــم العليـــم اللطيــف الخبير[1].

ثانيا: واستدل أيضا بقوله تعالى حاكيا عن إبليس إذ عصى وأبـــى عـــن السجود: " **أنا خير منه خلقتنى من نار وخلقته من طين*** " [2] فقـد فضل إبليس نفسه على آدم معللا ذلك بأنه خلق من نار وآدم مـــن طين، والنار خير من الطين، وبتعليله هذا وقع فى المعصية، فكـان التعليل مخالفا للدين، ولو كان مشروعا لقبل تعليله.

ويرد على ابن حزم: بأن عدم تبول التعليل من إبليس ليـــس لأن التعليل فى الأصل باطل كما ظن ابن حزم، ولكن لأن إبليس علل تعليــلا باطلا ، حيث جعل أساس التفضيل هو العنصر الذى كان منه التكويـــن، ونسى أن التفضيل من الخلاق العليم ، وقد فضل آدم، فلا محل بعد ذلـك للنظر إلى أصل التكوين ، لكنه رفض السجود وطعن فى الحكم، وعلـــل بما يفيد أن الله تعالي ظالم إذ فضل عليه من هو دونه، ولهذا كان تعليلـــه باطلا [3].

ثالثا: واستدل أيضا بأن الله عز وجل حكى عن قوم من أهل الاســتخفاف أنهم قالوا إذا أمروا بالصدقة: " **أنطعم من لو يشاء الله أطعمه** " [4]

---

[1] انظر :ابن حزم لفضيلة الشيخ أبى زهرة ص٣٩٤ ومابعد ها، وتاريخ الذاهب الفقهية له أيضا ص٤٣٠، ٣٤١، والمصالح المرسلة وأثرها فى الفقه الإسلامى للزميل الدكتور -رمضان هيتمى ص٥٤ رسالة دكتوراه بكلية الشريعة القاهرة .

* سورة ص(٧٦)

[2] انظر الإحكام لابن حزم جـ ٨ ص ١١٣٩.

[3] انظر :المصالح المرسلة وأثرها فى الفقه الإسلامى ص ٥٧ .

[4] سورة يس :آية ٤٧.

فهذا إنكار منه تعالى للتعليل، لأنهم قالوا: لو أراد الله تعالى إطعام هؤلاء لأطعمهم دون أن يكلفنا نحن إطعامهم وهذا نص لاخفاء به، على أنه لايجوز تعليل شئ من أوامره، وإنما يلزم فيها الانقياد فقط، وقبولها على ظاهرها [١].

ويرد عليه بأن الاستنكار ليس على أصل التعليل ، فأصل التعليل ليس باطلا، وإنما الاستنكار فى أن المشركين عللوا تعليلا باطلا، حيث إنهم عللوا رفضهم التكليف بالإطعام بأن الله تعالي قادر على إطعامهم إذا شاء ، فجعلوا قدرة الله تعالى على الإطعام علة للمنع وعدم العطاء، فكان تعليلهم باطلا ، لأنه يدل على عصيانهم لأوامره ، وطعنهم فى تكليفه لهم بما يستطيع هو أن يفعله. فسؤالهم كان إبطالا للتكليف وليس تعليلا للتكليف [٢].

وبعد : هذه الوقفة مع أهم ما ذكره ابن حزم فى إنكار التعليل والرد عليه، لا يسعنا إلا أن نقول: إن مذهب ابن حزم- والظاهرية على وجه العموم- ينطوى على مغالطة فادحة، حيث إنه يحرم ويفسق كل تساؤل عن مقاصد الشارع وأسرار الشريعة ، ويضرب بيد من حديد على كل باحث عن حكم الشريعة وعلل أحكامها. وهو بهذا يغلق الباب على ما يسميه الأصوليون " مسالك التعليل " باستثناء مسلك النص فى ظاهره.

---

[١] انظر الإحكام لابن حزم جـ ٨ص ١١٣٩ .

[٢] انظر : ابن حزم لفضيلة الشيخ محمد أبو زهرة ص٤٠٧ .

المبحث الثامن

تصحيح مانسب إلى بعض العلماء أنهم أنكروا التعليل

أ- ذكر الزنجاني في كتابه : " تخريج الفروع على الأصول " عن إمامه الشافعي رضى الله عنه وعن جماهير أهل السنة ، أنهم قالوا بعدم التعليل برعاية ا لمصالح، وأن الأحكام الشرعية أثبتها الله سبحانه تحكما وتعبدا غير معللة.. " ثم قال: وما يتعلق بها من مصالح العباد، فذلك حاصل ضمنا، وتبعا لا أصلا ومقصودا ، إذ ليست المصلحة واجبة الحصول في حكمه .

ثم نسب إلى الحنفية أنهم قالوا بالتعليل فقال عنهم: "وذهب المنتمون إلى أبي حنيفة رضى الله عنه من علماء الأصول، أن الأحكام الشرعية شرعها الله معللة بمصالح العباد لا غير" [1]. وبعد أن أسند الزنجاني- رحمه الله- عدم التعليل للإمام الشافعي ، والقول به للحنفية، ذكر بعض الفروع التي عللها ولم يعللها الشافعي قائلا: " وإذا تمهدت هذه القاعدة فنقول: الشافعي رضى الله عنه حيث رأى أن التعبد في الأحكام هو الأصل غلب احتمال التعبد، وبنى مسائله في الفروع عليه. وأبو حنيفة رضى الله عنه حيث رأى أن التعليل هو الأصل بنى مسائله في الفروع عليه، فتفرع عن الأصلين المذكورين مسائل " أذكر بعضها:

منها: أن الماء يتعين لإزالة النجاسة عند الشافعي رضى الله عنه، ولايلحق غيره به تغليبا للتعبد.

---

[1] انظر : تخريج الفروع الأصول للزنجاني ص ٤ وما بعدها بتحقيق الدكتور أديب صالح .

وقال أبو حنيفة رضي الله عنه: يلحق به كل مائع طاهر مزيل للعين والأثر تغليبا للتعليل:

ومنها: أن جلد الكلب لا يطهر بالدباغ عند الشافعي رضي الله عنه تغليبا للتعبد بترجيح الاجتناب علي الاقتراب. وعندهم: يطهر تشوفا إلى التعليل .

ومنها : أن ذكاة مالا يؤكل لحمه لا يفيد طهارة الجلد عندنا مراعاة للتعبد، كما في ذكاة المجوس وبخاصة اللحم من هذا الذبيح، وعندهم: يطهر تشوفا إلي تعليل الطهارة بسفح الدم والرطوبات المتعفنة[1].

وهناك مسائل أخرى ذكرها الزنجاني تفريعا على الأصلين السابقين.

غير أنني أقول: إن الزنجاني نسب إلي الإمام الشافعي وجماهير أهل السنة القول بعدم التعليل دون أن يقدم أى دليل على ذلك، نعم أورد بعض الفروع، غير أنها لا تدل فى شئ على إنكار التعليل جملة، بل إن الزنجاني قدم لنا– وفى نفس الكتاب – ما ينقض دعواه هذه، فقد نسب للإمام الشافعي تعليل شرعية الزكاة تعليلا مصلحيا ، وأن معني العبادة فيها تبع فقال: "معتقد الشافعي رضي الله عنه أن الزكاة مئونة مالية وجبت للفقراء على الأغنياء، بقرابة الإسلام، على سبيل ا لمواساة. ومعنى العبادة تبع فيها، وإنما أثبته الشرع ترغيبا فى أدائها، حيث كانت

---

[1] انظر :المرجع السابق ص ٦، ٧.

النفوس مجبولة على الضنة والبخل، فأمر بالتقرب إلى الله تعالى بها، ليطمع في الثواب، ويبادر إلى تحقيق المقصود [1].

هذا عن الأمام الشافعى، وأما عن جماهير أهل السنة، فالأمر أوضح فى الادعاء المحصن ، وما تقدم فيه الكفاية للرد عليه.

ب- موقف الإمام الرازي:

ذكر الشاطبى رحمه الله أن الإمام الرازى أنكر التعليل إنكارا باتا، وتابعه فى هذه المقولة كثير ممن جاءوا بعده، فقال في مقدمة كتاب المقاصد: " وزعم الرازى أن أحكام الله ليست معللة بعلة ألبتة كما أن أفعاله كذلك " ثم قال: " والمعتمد إنما هو أنا استقرأنا من الشريعة أنها وضعت لمصالح العباد استقراء لا ينازع فيه الرازى ولا غيره " [2].

فالشاطبى لم يسم من المنكرين للتعليل أحدا غير الرازى، ثم جعل إنكاره للتعليل باتا وشاملا لأفعال الله وأحكامه، ولم يتعرض لموقف ابن حزم الذى كان يستحق أن تقال عنه العبارة التى قالها عن الرازى ، مع أن ابن حزم قد خصص بابا كاملا لهدم فكرة التعليل كما ذكرت سابقا.

وموقف الرازى من التعليل ، ينبغى أن يؤخذ من خلال كتاباته الأصولية وفى دائرة مذهبه الأصولى.

فالرازى من أهل القياس، ولا قياس بدون تعليل ، بل مدار القياس على التعليل فى كل شئ. وأبرز ما يتجلى فيه موقف الرازى الواضح من التعليل، هو كلامه على "مسالك العلة وبالذات على " مسلك المناسبة "

---

[1] انظر المرجع السابق ص ٤٢.

[2] انظر :الموافقات جـ٢ ص ٦.

وذلك في كتابه وموسوعته الأصولية " المحصول " حيث يقول: "المناسبة تفيد ظن العلية والظن واجب العمل به".

بيان الأول من وجهين :

الأول: أن الله تعالى شرع الأحكام لمصلحة العباد، وهذه مصلحة، فيحصل ظن أن الله تعالى إنما شرعه لهذه المصلحة.

فهذه مقدمات ثلاث لابد من إثباتها بالدليل:

أما المقدمة الأولى" فالدليل عليها من وجوه:

أحدها: أن الله تعالى خصص الواقعة المعينة بالحكم المعين لمرجح، أو لا مرجح.

القسم الثاني باطل، وإلا لزم ترجيح أحد الطرفين علي الآخر لا لمرجح، وهذا محال، فثبت القسم الأول.

وذلك المرجح إما أن يكون عائدا إلى الله تعالى أو إلى العبد..

والأول باطل بإجماع المسلمين، فتعين الثاني. والعائد إلي العبد إما أن يكون مصلحة العبد أو مفسدته، أو مالا يكون لا مصلحته ولا مفسدته.

والقسم الثاني والثالث باطلان باتفاق العقلاء، فتعين الأول، فثبت أنه تعالى إنما شرع الأحكام لمصالح العباد.

وثانيها: أنه تعالى حكيم بإجماع العلماء، والحكيم لا يفعل إلا لمصلحة، فإن من يفعل لا لمصلحة يكون عابثا، والعبث على الله تعالى محال ، للنص والإجماع والمعقول... فثبت أنه تعالى شرع الأحكام لمصالح العباد....

وثالثها: أن الله تعالى خلق الآدمى مشرفا مكرما لقولــه تعــالى: **ولقــد كرمنا بنى آدم** "[1] ومن كرم أحدا ثم سعى فى تحصيل مطلوبة، كان ذلك السعى ملائما لأفعال العقلاء، مستحسنا فيمــا بينـــهم- فإذن: ظن كون المكلف مكرما- يقتضى ظـــن أن الله تعــالى لا يشرع إلا ما يكون مصلحة له.

ورابعها: أن الله تعالى خلق الآدميين للعبادة لقوله تعالى: "**ومــا خلقـت الجن والإنس إلا ليعبدون** ، [2] والحكيم إذا أمر عبـــده بشـــئ- فلابد وأن يزيح عذره وعلته، ويسعى فى تحصيل منافعه . ودفع المضار عنه، ليصير فارغ البال ، فيتمكن من الاشتغال بـــأداء ، ما أمره به، والاجتناب عما نهاه عنه، فكونه مكلفا يقتضى ظـــن أن الله تعالى لا يشرع إلا ما يكون مصلحة له.

وخامسها: النصوص الدالة على أن مصالح الخلق ودفع المضار عنـــهم مطلوب الشـــرع. قـــال تعـــالى: " **ومـــا أرســـلناك إلا رحمـــة للعالمين**[3]، وقال: "**خلق لكم مافى الأرض جميعـــا**، [4] وقـــال: "**وسخر لكم ما فى السموات وما فى الأرض جميعا منـــــه** " [5]، وقال: "**وما جعل عليكم فى الدين من حرج** " [6].

---

[1] سورة الإسراء :آية ٧٠.

[2] سورة الذاريات :آية ٥٦.

[3] سورة الأنبياء :آية ١٠٧.

[4] سورة البقرة : آية ٢٩.

[5] سورة الجاثية : ١٣ .

[6] سورة الحج : آية ٧٨ .

وقال ﷺ : " بعثت بالحنيفية السهلة السمحة " [١] وقال: "لا ضرر ولاضرار "[٢]

وسادسها: أنه وصف نفسه بكونه رؤوفا رحيما، وقال: " ورحمتي وسعت كل شئ " فلو شرع مالا يكون للعبد فيه مصلحة، لم يكن ذلك رأفة ورحمة .

ثم عقب على الوجوه الستة بقوله : لا فهذه الوجوه الستة دالة على أنه تعالى ما شرع الأحكام إلا لمصلحة العباد " [٣]

ثم واصل الرازى بعد ذلك دفاعه عن التعليل ، وفند كل مايمكن الاعتراض به فى المسألة وانتهى إلى القول:" انعقد الإجماع على أن الشرائع مصالح إما وجوبا كما هو قول المعتزلة أو تفضلا كما هو قولنا"[٤].

هذا هو موقف الرازى من التعليل بالمصلحة ، موقف مؤيد بقوة ووضوح ، فهل يعقل أن ينسب إليه بعد ذلك أنه منكر للتعليل ويصنف مع الظاهرية .

وأما ما نقل عنه من أنه أنكر التعليل بالمصلحة والمفسدة، أو قال بذلك كما صرح فى المعالم [٥]– فلعله قال ذلك لعدم انضباطها، لا بكون

---

[١] الحديث أخرجه البخارى فى الأدب المفرد ، كما أخرجه الخطيب فى تاريخه عن جابر رضى الله عنه انظر : الفتح الكبير فى ضم الزيادة إلى الجامع الصغير جـ٢ ص ٧ .

[٢] سبق تخريجه .

[٣] انظر : المحصول للرازى جـ٢ ق ص ٢٣٧ ومابعدها .

[٤] انظر : المرجع السابق جـ٢ ق ، ص ٢٩١ .

[٥] انظر : نهاية السول جـ٣ ص ٥٨ .

أحكام الله غير معللة فى حقيقتها بجلب المصالح ودرء المفاسد، فكلامه المتقدم قاطع فى أنه يعتبر المصلحة أو المفسدة هى العلة الحقيقية الأصلية للحكم.

ومما يؤكد أن هذا هو مذهب الرازى، ما أورده ابن القيم- رحمه الله- وهو بصدد الرد على منكرى التعليل والقياس بعد أن عرض أدلتهم " وقد اختلفت أجوبة الأصوليين... بحسب أفهامهم ومعرفتهم بأسرار الشريعة ، فأجاب ابن الخطيب [1]- يقصد الإمام الرازى- بأن قال: غالب أحكام الشريعة معللة برعاية المصالح المعلومة والخصم إنما بين خلاف ذلك فى صورة قليلة جدا ، وورود الصورة النادرة على خلاف الغالب لايقدح فى حصول الظن ، كما أن الغيم الرطب إذا لم يمطر نادرا لا يقدح فى نزول المطر منه " [2].

وأخيرا وبعد العرض السابق لمسألة التعليل، أستطيع أن أقرر باطمئنان، أنه ليس هناك حكم شرعى إلا ويجوز التساؤل عن حكمته، كما يجوز البحث عنه- بعد ذلك- بكل ماهيأه الله لنا من وسائل البحث والعلم ، فإذا وصلنا إلى شئ مما تشهد له الأدلة المعتبرة قلنا به، وإن لم نصل، سلمنا بحكمة الله أيا كانت، والبحث مستمر، والعلم لاحد له، وقد أمرنا الله بالتدبر والتعقل، وأمرنا بالنظروالتفكر، سواء فى دينه وشريعته، أو فى خلقه وملكوته، فقد قال سبحانه: " أفلا يتدبرون القرآن " [3] مثلما

---

[1] هو الإمام الرازى وهو معروف بهذا الاسم نسبة إلى أبيه الذى كان خطيب مدينة الرى الفارسية . انظر الفتح المبين جـ٢ ص ٤٨ والأعلام جـ٧ ص ٢٠٣ .

[2] انظر : إعلام الموقعين جـ٢ ص ٧٥ .

[3] سورة النساء : آية ٨٢ .

قال: "أفلا ينظرون إلى الإبل كيف خلقت وإلى السماء كيف رفعت وإلى الجبال كيف نصبت وإلى الأرض كيف سطحت" [1].

فلابد من التساؤل والبحث ما أمكن عن المصالح الدينية والدنيوية التي تنطوي عليها الأحكام الشرعية ، لنفهمها ونطبقها في ضوء مصالحها ومقاصدها ولنهتدي بمعرفة تلك المصالح والمقاصد فيما لم ينص عليه. يقول العلامة ابن عاشور: " وجملة القول: أن لنا اليقين بأن أحكام الشريعة كلها مشتملة على مقاصد، وهي حكم ومصالح ومنافع. ولذلك كان الواجب على علمائنا تعرف علل التشريع ومقاصده ظاهرها وخفيها " [2].

وكما أن من لا يؤمن بقوانين الكون واطرادها واستقرارها وكمالها ودقتها، لايمكن أن يتقدم في أي علم من العلوم المادية، فكذلك من لايؤمن بحكمة التشريع الشاملة، وبقوانينه المطردة، وبقواعده المضبوطة، لايمكن أن يتقدم في علوم الشريعة أبدا [3].

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم

---

[1] سورة الغاشية : من ١٧ – ٢٠ .

[2] مقاصد الشريعة الاسلامية ص ٤٨.

[3] نظرية المقاصد ص ٢٠٦ ، ٢٠٧ .

فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات



مطبعة إيجيبت كوبى سنتر - ش المحافظة - أسيوط
ت: ٣١٨٤٦١

العدد الثانى عشر - الجزء الأول
١٤٢٠ هـ - ٢٠٠٠ م